

NUCLEI
JURIS CONTROVERSI:

IN QUO

ILLUSTRIORES JURIS CON-
TROVERSIÆ, TAM THEORICÆ QUAM

Practicæ, Studio accuratiori perpenduntur, tractan-
tur & ex veris suis Principiis
deciduntur:

AD

DIVI IMPERATORIS JUSTINIANI

Institutionum LIBROS IV. directi &
exhibiti:

et

IOANNE WURMSERO, JC.

Editio Altera:

Revisa & majorem partem Aucta.



TUBINGÆ,

THOMÆ PHILIPPERTI BUCHNII.

ANNO M. DC. XLIII.

DE VITIS ET MORIBUS
MIRIS CONTRARIIS

ILLUSTRIORIS TURIS
TOVERSIÆ TAM THEORICÆ QUAM

PRAXEOS, AUCTORE
JACOBO TURIS
M.D.

DAVID IMPERATORIS JOSEPHI

APRILIS 1683
IN AUSTRIA TURIS
M.D.

IN AUSTRIA TURIS
M.D.

IN AUSTRIA TURIS
M.D.

IN AUSTRIA TURIS
M.D.



Illustrissimo & Celsissimo Principi

ac Domino,

DN. EBERHARDO,

Duci Wirtembergensi & Teccensi,

Comiti Montispeligardi, Dynastæ in

Hendenheimb/te. Domino meo Clementissimo.

MIRABITUR FOR.

san quispiã, Illustrissime ac
Celsissime Princeps, Do-
mine Clementissime: Cur
ego in tanta Martis, Musis
aliâs infensi, sævitia, cum Nucleo hoc
meo Juris Controversi in Scenam prodi-
re audeam: ubi Mars ipsum Jovem, Ju-
risprudentiæ nostræ Patronum, tanto pe-
re oppugnat, adeò, ut Juppiter Magnis
istis Coeli Luminibus in consilium & au-

xilium convocatis ; implacabili Marte verò à Divino isto consortio & conventu excluso , atque in exaltatione Cœli intrà Satellites suos quasi ex opposito stante , defensionis consilia adversus ipsum ini-
re & capere tandem coactus videatur.

Verùm post tantam Eruditorum viro-
rum Stragem , quam in Sacro Imperio Romano Martis insatiabilis crudelitas in
hisce cruentissimi Belli motibus edidit,
Divinâ Providentiâ cōservati adhuc sunt
Viri, licet pauci, qui , tanquam Divinæ Sa-
pientiæ Testes, virtute suâ præclarâ & eru-
ditis scriptis inter ipsos armorum strepi-
tus & tot viris à latere cadentibus imperter-
riti, Rempublicam literariam, nutantem
& penè agonizantem conservare, à totali
eversione & à Barbarie, quam Martis im-
manitas inducere solet, vindicare pro viri-

li allaborant. Quorum sanè fidele studium non solum approbandum, sed etiam, si tempore aliquo necessarium, certè hisce ipsis conclamatis temporibus necessarium erit. Etenim periclitante Republicâ literariâ, ipsa civilis, & politica Respublica periclitatur. Literarum namq; studia quasi anima sunt Reipublicæ: Si quidem ea excolunt & quasi animant Rempublicam. Per literarum Studia Religio & Justitia, tanquam fulcra & fundamenta Imperii, conservantur & propagantur. Et juxta illud Poëtæ:

— — — *didicisse fideliter artes;*

Emollit mores, nec sinit esse feros.

Quemadmodum igitur sublatâ animâ in homine homo non est; ita sublati literarum studiis in Republica, Respublica non est, & si est, Barbara est. Florentibus Athenis, tota & universa Græcia floruit:

literarum studiis ibi everlis, Græcorum
Respublica everfa & Barbara facta est. Flo-
rentibus in Germania tot Celeberrimis A-
thenæis, floruit tota & universa Germa-
nia. Sed ô Dulcissima Germania, in quas
fatales & inextricabiles Calamitates & Dif-
ficultates te Bellona præcipitavit!

Horum itaq; Clarissimorum virorum
laudabili Exemplo & ego motus, & insi-
mul flagranti, pro Spartha concessa publi-
co inserviendi, desiderio incitatus; Nu-
cleum hunc meum juris controversi, an-
te duodecim annos me Præsides à Nobi-
libus & eruditis Legum Studiosis dispu-
tatum & publicatum, sub incudem revo-
cavi, auxi, & quæ displicuere elimavi: ut
sperem, me per hunc laborem meum Ju-
risprudentiæ nostræ in intricatis & abstru-
sis Juris Controversiis non nihil lucis at-
tulisse

tulisse, vel ad minimum alijs Viris, qui & acumine & iudicio me præcellunt, ulterius & altius cogitandi ansam & occasionem præbuisse.

Quòd verò, Illustrissime & Celsissime Princeps, Illustri Nomini tuo hunc Nucleum meum Inscriptum, Dicatum & Sacratum esse voluerim, ad hoc me illæ imprimis causæ impulerunt: Primò, quòd sub Illustrissimæ Celsitudinis tuæ auspicijs & Clementissimo Patrocinio Nucleum istum conscribere & feliciter absolvere mihi licuit: Secundò quòd Illustrissima Celsitudo Tua Inclytam Universitatem Tubingensem Gratiâ suâ quotidie fovet & conservat: Tertiò, quòd & ego istius singularis Gratiæ radios non ita pridem senserim. Ut exinde perspicere liceat: Te, Serenissime Dux, literarum earumq; Cultorum

torum Summu n Patronū, Mecœnatem
& Conservatorem esse.

Quod igitur superest, Illustrissimam
Celsitudinem Tuam devotâ animi sub-
missione imploratam & exorata velim,
ut Opusculum hoc, ei ex humillima animi
devotione dedicatum, Sereno & Gratioſo
Vultu excipere & suscipere, Gratiâq; suâ
me porro complēti Clementissimè velit.

Illustrissimam Celsitudinē Tuam cum
tota Illustrissima Familia Deus sospitem
diutissimè conservet, eiq; Pacem & Tran-
quillitatem benignissimè redonet. Da-
bam Tubingæ è Museo meo die 14. Mar-
tij, Anno 1643.

Illustrissima Celsitudinis Tue

Subjectissimus & Devotissimus

Joannes Wurmser, D.

Lectori Benevolo Salutem & officia.

Siqui, Amice Lector, causas poscent,
qua me moverint ut animum ad scribendum
hunc controversiarum Nucleum adjicerem,
postquam infiniti controversiarum libri in pu-
blico extant; Illi sciant, quodlibet seculum vi-
ros suos producere, quibus sui sunt Genii, & qui Facultates
atq; scientias ex singulari Dei providentia ad Sapientiam ejus
infinitam magis magisque manifestandam & propagandam, vel
altius provehant, vel à Novatorum corruptionibus & depra-
vationibus defendant & conservent: deq; suo etiam, quo Be-
nignissimus Deus quemlibet donat, addant & conferant. Sic
Facultates & Scientias, quin ipsas Mechanicas artes indies sen-
sim crevisse & crescere atq; ad perfectionem suam ante Mundi
destructionem pervenire, cuilibet rem hanc altius paulo secum
reputanti in sensus incurreret. Quid ego in hoc Nucleo prae-
sterim, de eo nolo multa verba facere: ex lectione ipse cognosces,
qua mens mea sit & intentio. Nimirum hæc est: Illustrio-
res Juris Controversias ab aliis fusiùs & interdum confusiùs
tractatas enucleare, inutilibus resectis ex fundamentis Theo-
rico-Practicis tractare, decidere, adeoque ipsum Nucleum rei ex-
hibere: præcipuè verò controversias istas ad usum, sine quo
frustranea est omnis disputatio, accommodare, & pro mate-
ria dignitate, necessitate & affinitate practicabilia pleraque in

termiscere. Et sanè optandum esset, ut omnibus Iuris Studi-
diosis usus aliquis in Scholis monstraretur, & quia Iurispru-
dencia nostra tota est Practica, subtilitates heteroclitas aver-
sans, animi eorum ad Practicam ipsam paulatim prepara-
rentur: ne, si deinde Practicum studium ex Professo aggre-
diantur & in Forum prodeant, ineptias suas, quibus magnis
sumptibus & laboribus imbuti & contra receptas Dd. sen-
tentias armati, cum magna nausea & tædio Iudicis interdum
proderent: adeò, ut postea eadem iis eodem studio & labore,
quo eas didicerunt, iterum dediscenda sint: Nam

Quo semel est imbuta, recens servabit odorem
Testa diu: ———

Quod si Benevole Lector propositum hoc & studium meum
tibi comprobabitur & Nucleus hic meus sapiet palato tuo, est
ut mihi gratuler. Quo in commodum tuum utere, frueri
& omnia pro Candore tuo in meliorem partem interpre-
tare. Vale.

PRO NUCLEO

CL. V.

DN. JOANNIS WURMSERI,
JCti.

I.

MArrucinus olus, stolidas & prandeat offas:
At Nucleos Juris tyro Themistis edat.
Omnibus has puras struxit WURMSERUS Athenis
Delicias; famæ præco, Tubinga, tuæ:
Qui porro est famam magis illustrare paratus;
Magna Planetarum dum faveat Synodus.

Thomas Lansius.

II.

Prostant, (*ah lateant!*) metuenda Volumina Iuris,
Quæis vestire solet Pharmacopola piper.
NUCLEVS hic liber est, & tota medulla librorum,
Plusquam centenis plena voluminibus.
Bartholon, & Baldum, Saliceton, Jafona, Porcum.
Et Dinum atq; Cinum NUCLEVS iste capit.
Cui sunt sublimis, meditullia tanta, Cerebri,
Annon Juridici NUCLEV S iste VIRI est?

Carol Bardili, Medic. D.
& Prof. Tubing.

Marte

MArte per Iliacos pugnata decennia campos,
 Teucrorum Danai cū populātis opes,
 Sub *Nuce* compegit Myrmecidis improba cura,
 Laude quod æterna fama perennat opus.
 Tu, qui immensa tui *Nuce* claudis Jura cerebri,
 Non tibi par cedet gloria parque decus?
 Parce *Nucem* cerebri quod dicimus; hercule quondam
 Jam, constat teneras te posuisse *Nuces*.
 Scilicet eximiae quem publicat indolis ardor,
 MATURUS nobis NUCLEUS imposuit.

Johannes Martinus Kauscher.

Avditor, *Wurmsere*, Tibi si desit in Vrbe,
 Non deërit docto Lector in Orbe tamen.
 Fata negent Aures, Oculos nec Fata negabunt,
 Et Mundus satis est ampla Cathedra Tibi.

Henricus Schmid / Prof. Acad.

Cui tuus hic Nucleus, *Wurmsere*, movebit Orexin,
 Imbuit ambrosia quem Themis alma sua,
 Non ille insipiens Anthracis amygdala poscet,
 Crustulaq; alterius aut analecta Coci.
 Post Hyblam nemo Sardois vescitur herbis;
 Allia post nucleos quilibet Olfus edit.
 Pastillos Rufillus olet, Gorgonius hircum.
 Hæc proftet Nucleo pensilis hedra tuo.

Theocritus Prester.



ELENCHUS CONTROVERSIARUM, IN NU- CLEO HOC JURIS CONTRO- VERSI DECISARUM.

Proœmium Institut. Imperialium.

Controversia I.

1. Divini Numinis invocatio de substantia Instrumenti non est. pag. 1.
2. Imperator Iustinianus quovis ἀναλφάβητος non fuit rudior. pag. 4.
3. Tribonianus neq₃ atheus fuit neq₃ paganus. pag. 5.
4. Ob juris antiqui compositionem & interpolationem Tribonianus cul-
pandus non est. p. 6.
5. Nulla datur antinomia in jure nostro. p. 7.
6. Pandectæ, Institutiones, Codex & Novellæ Constitutiones ab Impera-
tore Iustiniano diversis temporibus composita sunt & editæ. p. 9.
7. Institutiones Digestis & utrisq₃ Codex haud derogant. p. 12.
8. Institutiones à Triboniano perfectæ conscriptæ sunt methodo; Pandectæ
verò tali, quæ potius ordo quidam indigitanda sit. p. 14.
9. In studio juris tractando & absolvendo ex Iustiniani Constitutione
quinquennium requiritur. p. 19.

Liber I.

De Justitia & Jure.

Titul. I.

Controversia I.

1. Ius à Iustitia dicitur. pag. 21.
2. Iustitia in abstracto definitur. pag. 24.
3. Definitio Iustitiæ non de Divina, sed humana intelligenda est. p. 25.
4. Definitio Iustitiæ de particulari, non universali exaudienda. p. 27.
5. In definitione iustitiæ non tribuens, sed tribuendi, legendum est. p. 30.
6. Ius à Iurisprudencia differt nonnihil. p. 31.
7. Aequitas stricto juri præferenda est. pag. 33.
8. Tria illa Iuris præcepta: Honestè vivere, alterum non lædere, suum
cuique tribuere, inter se differunt. p. 44.
9. Ius publicum ex præceptis Naturalibus, Gentium & Civilibus colle-
ctum est. p. 48.

De Jure Naturali, Gentium & Civili,

Titul. 2.

Controversia I.

Ius Naturale in animantia bruta cadit. pag. 52.

2. *Distinctio Iuris Gentium in primum & secundarium in jure nostro fundata est. p. 57.*
3. *Scriptura de substantia legis non est. p. 60.*
4. *Lex Regia sub Imperatore Augusto lata est. p. 61.*
5. *Principis Interlocutio vim legis obtinet. p. 69.*
6. *Communes Dd. opiniones & sententia in consulendo & judicando sequenda sunt. p. 72.*
7. *Consuetudo abrogat legem. p. 80.*
8. *Quot actus ad consuetudinem introducendam necessarii, iudicis arbitrio relinquendum. p. 85.*
9. *Per actus etiam extrajudiciales inducitur consuetudo. p. 88.*
10. *Quot anni ad consuetudinem introducendam necessarii, iudex arbitretur. p. 90.*
11. *Doctori Excellentiori, de consuetudine attestanti, fides prae-sumptivè solum adhibenda. p. 93.*
12. *Consuetudo de casu ad casum ex rationis paritate non extenditur. p. 98.*
13. *Ius Naturale est immutabile. p. 101.*

De Patria potestate.

Titul. 9.

Controversia I.

Patria potestas est juris civilis. p. 104.

2. *Iudaeis in liberos suos patria competit potestas. p. 107.*

De Nuptiis.

Tit. 10.

Controversia I.

Matrimonium, metu contractum, ipso jure nullum est. p. 114.

2. *Matrimonium, ab ebrio contractum, validum non est. p. 118.*
3. *Matrimonium, cæci amoris vehementiâ promissum, invalidum est. p. 119.*
4. *Qui compressam ab alio ducit, retinere eam non cogitur. p. 121.*
5. *Consensus parentum in liberorum matrimoniis de Iure Divino, Naturali & Civili necessarius est. p. 123.*
6. *In Liberorum nuptiis parentum subsequens ratihabitio, haud sufficit. p. 133.*

7. In linea recta matrimonium in infinitum prohibetur. p. 135.
8. Frater cum sorore de jure Natura, Divino & Gentium incestum committit. p. 138.
9. Duorum fratrum, vel sororum liberi matrimonium licite contrahunt. pag. 139.
10. Filius adoptivus emancipatus patris adoptivi matrem, vel materteram uxorem ducere potest. p. 141.
11. Vitricus privigni sui relictam viduam uxorem ducere non potest. p. 144.
12. Inter comprivignos licitum est matrimonium. p. 146.
13. Polygamia in Republica Christiana ferenda non est. p. 148.
14. Spurii neq; juris neq; facti laborant infamia. p. 150.
15. In legitimatione per subsequens matrimonium dotalia Instrumenta intervenire debent. p. 155.
14. Legitimatio per subsequens matrimonium in articulo mortis fieri potest. p. 156.

De Adoptionibus.

Titul. 11.

Controversia I.

- Filius familiars, extraneae personae in adoptionem datus, manet in potestate patris naturalis. p. 158.
1. Quarta, ex Constitutione Divi Pii impuberi arrogato & sine justa causa emancipato debita, est omnium arrogatoris bonorum, non portionis debita. p. 161.
 2. Unio prolium patriam potestatem non confert. p. 162.
 3. Unio prolium minus solenniter facta, à liberis tamen prioris matrimonii ratihabita; à liberis postea ex secundo matrimonio natis nullitas argui non potest. p. 165.

Quibus modis Jus Patriae potestatis solvitur.

Titul. 12.

Controversia I.

- Dignitas Doctoralis à Patriae potestate liberat. p. 166.
2. Monachismus quoq; patriam solvit potestatem p. 168.
 3. Matrimonium patriam potestatem non solvit. p. 169.

De Tutelis.

Tit. 13.

Controversia I.

In definitione tutelae legendum est Vis non Jus. p. 171.

2. Verba in capite libero, in definitione tutela posita, ad tutorem rectius referuntur. p. 172.

3. Pater filio exheredato in testamento suo tutorem constituere potest. p. 174.

4. Tutor testamento non recte datus & à Magistratu confirmatus modò testamentarius est modò dativus. p. 175.

Qui testamento tutores dari possunt.

Titul. 14.

Controversia I.

Servus proprius, in testamento sine libertatis mentione tutor datus, fideicommissariam consequitur libertatem. p. 178.

2. Filiorum appellatione non continentur nepotes. p. 181.

De Legitima agnatorum tutela.

Titul. 15.

Controversia I.

Legitima Electoralis tutela in Imperio Romano testamentaria fieri non potest. pag. 185.

De Capitis Diminutione.

Titul. 16.

Controversia I.

Deportati mediam patiuntur capitis diminutionem. p. 188.

2. Emancipatus capitis diminutionem hodiè non patitur. p. 191.

De Attiliano Tutore.

Titul. 20.

Controversia I.

Tutela datio Legis specialis est. pag. 192.

2. Tutela est juris civilis. p. 195.

De Auctoritate Tutorum.

Tit. 21.

Controversia. I.

Pupillus, sine tutoris auctoritate contrahens, naturaliter non obligatur. pag. 196.

2. Pupillus ex delicto obligatur. pag. 199.

3. Quis infantie, vel pubertati sit proximus; judiciis arbitrio relinquatur. p. 200.

4. Tutor in ipso negotio præsens esse & perfecto negotio auctoritatem suam interponere debet. p. 202.

5. Novissimo jure creditor, vel debitor pupilli, tutelam ejus gerere non debet. p. 204.

Qui-

Quibus modis tutela finitur.

Titul. 22.

Controversia I.

Tribonianus in § 1. h. t. dicens, in aestimanda pubertate apud veteres corporis inspectionem usitatem fuisse, à quibusdam Interpretibus indigne notatur. p. 209.

2. Per minimam capitis diminutionem tutoris legitimatutela hodiè non perit. p. 211.

3. Transfuga amittit tutelam. p. 213.

De Curatoribus.

Titul. 23.

Controversia I.

Minores absq. curatoribus contrahentes ipso jure obligantur; sed tamen in integrum habent restitutionem. p. 215.

2. Minoribus invitis curatores non dantur. p. 217.

3. Minor adversus contractum juramento firmatum non restituitur. p. 219.

4. Prodigio non ipso jure, sed Magistratus Decreto administratio interdicitur. pag. 223.

5. Habenti tutorem tutor non datur. 224.

De Satisfactionibus.

Titul. 24.

Controversia I.

Tutores & Curatores fidejussoribus cavere debent. p. 220.

2. De Magistratum levi culpa heredes non tenentur. p. 224.

De excusationibus Tutorum.

Titul. 25.

Controversia I.

Tutela publicum munus est. pag. 223.

2. Magistratus à tutela & cura excusare se possunt. p. 225.

3. Cæcus etiam à tutela & cura excusationem habet. p. 226.

4. Imperitus literarum jure se excusat. p. 227.

5. A tutelæ delatione appellari non potest. pag. 228.

6. Legitimi quoq. tutores excusare se possunt. p. 230.

De Suspectis tutoribus vel Curatoribus.

Titul. 26.

Controversia I.

Suspecti crimen ex L. 12. Tabular. descendit. pag. 231.

2. Cognitio de suspectis tutoribus iure Magistratus non competit. p. 231.
3. Tutor ob dolum remotus ut suspectus famosus fit; ob latam culpam non aequè. p. 232.
4. Tutor vel curator de levissima culpa non tenetur. p. 234.
5. Heres culpam levem tutoris non praestat. p. 235.
6. Minori adversus curatorem & durante curatela & finitâ eâ singularis negotiorum gestorum competit actio. p. 238.

Liber II.

De Rerum Divisione & acquirendo ipsarum Dominio.

Titulus I.

Controversia I.

Res quaedam in patrimonio nostro habentur; quaedam verò extra patrimonium nostrum. p. 239.

2. *Qui in diverticulo fluminis publici pluribus annis solus piscatus est, alium eodem jure uti prohibere potest.* p. 240.

3. *In §. 9. h. t. particula Non expungenda non est.* p. 242.

4. *Muros Civitatum Municipalium transcendere capitale non est.* p. 243.

5. *Venatio subditis jure adempta est.* pag. 244.

6. *Arbores, vi fluminis cum terra in alterius agrum translatae, si radices in eum egerint, domini fiunt istius agri.* p. 249.

7. *Insula, in flumine publico nata, privatorum fit.* p. 249.

8. *Inundatio dominium non aufert.* p. 250.

9. *Bona fidei possessor actione de tigno juncto duplum prestare tenetur.* pag. 251.

10. *Dominus soli, materiam sive tignum eximens, idq; domino restituens, dupli poenâ liberatur.* p. 253.

11. *Mala fidei possessor impensas necessarias deducit.* p. 254.

12. *Mala fidei possessor utiles & voluptuarias impensas quandoq; deducere potest.* p. 258.

13. *Bona fidei possessor impensas necessarias & utiles non actionis, sed exceptionis viâ; Mala fidei verò possessor necessarias imploratione officii judicis consequitur.* p. 261.

14. *Tabula pictura cedit.* p. 264.

15. *Bona fidei possessor fructus industriales lucratur: nisi locupletior fuerit factus.* p. 269.

Controversiarum

16. *Bona fidei possessor naturales etiam fructus suos facit.* p. 276.
17. *Thesaurus, in loco religioso inventus, in totum inventori acquiritur.* p. 288.
18. *Tradens & accipiens in corpore si consentiant, in causis vero dissentiant, dominium transfertur.* p. 293.
19. *Quæ in tempestate levandæ navis causâ ejiciuntur dominorum permanent.* p. 297.
20. *Distinctio domini in directum & utile fundata est in jure nostro.* pag. 298.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

Tit. 2.

Controversia I.

- Debita, jura & actiones neq; bonis mobilibus neque immobilibus accensentur; sed tertiam bonorum speciem constituunt.* p. 300.
2. *Annui etiam redditus tertiam bonorum speciem constituunt.* p. 302.

De Servitutibus prædiorum.

Tit. 3.

Controversia I.

- Prædia non loco, sed usu sunt distinguenda.* pag. 303.
2. *In servitutibus realibus prædii vicinitas requiritur.* p. 304.
 3. *In proprio pariete invito vicino fenestram, nullâ servitute constitutâ, aperire non licet.* p. 305.
 4. *Ius altius tollendi servitus est.* p. 306.
 5. *Servitus ne altius tollatur, & ne luminibus officiatur, distinctæ sunt servitutes.* p. 308.
 6. *Servitus luminum, & ne luminibus officiatur diversæ quoq; sunt servitutes.* p. 309.
 7. *Aquæ haustus servitus realis est.* p. 310.
 8. *Servitutes longo tempore adquiruntur.* p. 311.
 9. *In servitutibus usucapiendis sive præscribendis titulo opus non est.* p. 318.

De Usufructu.

Tit. 4.

Controversia I.

- Divisio ususfructus in causalem & formalem sustineri potest.* p. 325.
2. *Cautio de substantia quasi ususfructus non est.* p. 328.
 3. *Quasi ususfructus conventionibus inter vivos constitui potest.* p. 329.
 4. *Vestimentorum verus ususfructus est.* p. 330.

5. Per

5. Per ingressum Monasterii ususfructus non extinguatur. p. 331.
6. Patre verò in bonis Filiifamiliâs usumfructum habente & Monasterium ingrediente, extinguatur ususfructus & ad proprietatem revertitur. p. 333.

De Usu & Habitatione.

Tit. 5.

Controversia I.

Opera servorum neq; de servitutibus personalibus neq; de realibus sunt; sed jus quoddam singulare. p. 338.

2. Habitatio servitus non est. p. 340.

De Usucapionibus & longi temporis præscriptionibus.

Tit. 6.

Controversia I.

Usucapio à præscriptione non differt. p. 341.

2. *Usucapio sive præscriptio æquitati Naturali contraria non est. p. 342.*

3. *Usucapio est adjectio dominii. p. 343.*

4. *Usucapione plenum sive directum dominium acquiritur. d. p. 343.*

5. *Adversus præscriptionem in integrum restitutio ex capite ignorantia non datur. p. 344.*

6. *Partus ancillæ furtivæ conceptus & editus apud bonæ fidei possessorem usucapi potest. p. 347.*

7. *Annui redditus non præscribuntur. p. 349.*

8. *Emptor bonam fidem habens, omisâ venditoris vitiosâ possessione, usucapere potest. 350.*

9. *Facultati pignoris reluendi præscribi nequit. p. 352.*

De Donationibus.

Tit. 7.

Controversia I.

Donatio pactam legitimum est. p. 354.

2. *Donatio mortis causâ ab intestato facta legatis exæquata est. p. 355.*

3. *Donatio ob causam liberorum revocari potest. p. 356.*

Quibus alienare licet vel non.

Titul. 8.

Controversia I.

Maritus dotis dominus est. p. 358.

De Testamentis ordinandis.

Tit. 10.

Testa-

Controversiarum.

Controversia I.

- Testamentum ex eo appellatur, quod sit mentis testatio. p. 359.*
2. *Testamenti factio juris Civilis est. p. 360.*
3. *Alieno etiam signo quàm annulo testes in testamentis signare possunt. p. 361.*
4. *Septem testes etiam hodiè in testamento requiruntur. p. 363.*
5. *Testamentum pestis tempore 7. testes minimè requirit. d. p. 363.*
6. *Contractus in Testamento celebrari non potest. p. 367.*

De Militari Testamento.

Titul. 11.

Controversia I.

- Hodierni milites jure militari rectè testantur. pag. 368.*
2. *Milites limitanei sive stationarii jure militari testari nequeunt. pag. 369.*
3. *Militis testamentum censetur etiam illud, quod ante militiam factum est; licet constante militia resignatum non sit. p. 370.*

Quibus non est permissum facere Testamentum.

Titul. 12.

Controversia I.

- Filius familiars super peculio adventitio, cujus ipse usumfructum habet, testari nequit. p. 371.*

De Exhæredatione Liberosorum.

Tit. 13.

Controversia I.

- Filius ob causas graviores vel similes, Novell. 115. c. 3. expressis, exhæredari potest. p. 374.*
2. *Posthumus adhuc hodiè exhæredari potest. p. 375.*
3. *Præteritio matris aviq; materni adhuc hodiè pro exhæredatione habenda esse videtur. p. 377.*
4. *Legata ex testamento, ex causa præteritionis paternæ nullo, non debentur. p. 378.*

De Hæredibus instituendis.

Titulus 14.

Controversia I.

- Liberi sub conditione, si sine liberis, in testamento positi, ab intestato vocati censentur. p. 380.*

2. In re certa institutus interdum hæredis, interdum verò legatarii loco habetur. p. 382.
3. Testator jus ad crescendi in Testamento suo prohibere potest. p. 383.

De Vulgari substitutione.

Titul. 15.

Controversia I.

Pater filios familiæ hereditatem repudiante, substitutum excludit. pag. 385.

2. *Vulgaris substitutio suo heredi facta tollit & suam & ex necessario herede voluntarium facit.* d. p. 385.

De Pupillari substitutione.

Titul. 16.

Controversia I.

Pater Filio exheredato pupillariter substituere potest. p. 388.

2. *Mater liberis suis pupillariter substituere nequit.* p. 390.
3. *Nudâ sui heredis existentia tabulæ pupillares conservantur.* p. 391.
4. *Tacita pupillaris substitutio, quæ in expressa vulgari continetur, matrem non excludit.* p. 395.

Quibus modis Testamenta infirmantur.

Titul. 17.

Controversia I.

Testamentum, in quo posthumus præteritus, nullum non est; sed agnatione ejus rumpitur. p. 401.

2. *Testamentum, agnatione posthumi ruptum, si decedat posthumus, reconvalescit.* p. 403.
3. *Testamentum prius ritè ac legitimè conditum, per posterius Testamentum ex causa præteritionis vel exheredationis nullum, non infirmatur.* d. p. 403.
4. *Emancipatione Testamentum irritum non fit.* p. 408.

De Inofficioso Testamento.

Titul. 18.

Controversia I.

Legitima institutionis titulo relinquenda est. pag. 410.

2. *Legitima Statuto in totum tolli nequit.* pag. 412.
3. *Statuto induci potest, ut pater pro delicto filii legitimam solvere cogatur.* p. 413.
4. *Ad supplementum legitimæ conditione ex lege agi debet.* p. 414.

De

Controversiarum

De hæredum qualitate & differentia.

Tit. 19.

Controversia I.

- Hæres Inventarium non conficiens non perdit Trebellianicam.** p. 416.
2. **Nec Filius, Inventarium non conficiens, legitimam perdit.** p. 418.
3. **Nuda voluntas ad hereditatis aditionem non sufficit.** p. 419.

De Legatis.

Titul. 20.

Controversia I.

- Legata ab hærede præstari debent.** p. 420.
2. **Legata fideicommissis ex æquata sunt.** p. 421.
3. **Res quæ in hæredis commercio non est, si in Legatarii commercio sit, legari potest.** p. 422.
4. **Inter verbis conjunctos jus ad crescendi locum non habet.** p. 424.
5. **Si legatario res propria legetur, inutile est legatum; ita ut nec æstimatio debeat.** p. 427.
6. **Plus valet, quod est in veritate, quàm quod in opinione est.** p. 428.
7. **Si debitor creditori debitum in diem, vel conditionale purè legaverit, & dies vel conditio vivo testatore extiterit; legatum irritum non fit.** pag 429.
8. **Si debitor in mora fuerit legatum præstandi, etiam de naturali & fortuito rei interitu tenetur.** p. 430.
9. **Incertis personis olim legari non poterat.** p. 431.
10. **Vasallo feudum leganti neq; res neq; æstimatio debetur.** p. 432.
11. **Mobilium legato pecunia numerata continetur.** p. 433.
12. **Vera est Scaevola Ic. sententia in l. generali 32. §. 1. ff. d. us. & usufruct. legat.** p. 434.
13. **Vsufrectu omnium bonorum legato, bona quoq; post Testamentum adquisita veniunt.** pag 435.
14. **Actio personalis & hypothecaria, pro legato competentes, in eodem libello cumulari possunt.** p. 437.
15. **Legatum in voluntatem tertii collatum validum non est.** p. 439.

De Ademptione Legatorum.

Titul. 21.

Controversia I.

- Fideicommisso adempto, legatum ademptum non censetur.** p. 442.
2. **Legatum generale in Testamento relictum, secutis codicillis, in**
d 2 qui

quibus certi generis species determinantur, non minuitur. pagin. 443.

3. Generali legatorum ademptione factâ, legatum ad pias causas ademptum non censetur. d. p. 443.

De Falcidia.

Titul. 22.

Controversia I.

Lex Falcidia testatorum gratiâ introducta est. p. 446.

2. In Falcidiam imputantur ea solum, quæ jure capiuntur hæreditario; in Trebellianicam verò ea etiam, quæ jure legati, fideicommissi, vel conditionis implendæ causâ capiuntur. d. p. 446.
3. Testator Falcidiâ expressè prohibere debet, si eam prohibere velit. p. 448.
4. Quantitas patrimonii in L. Falcidiæ ratione ineunda mortis tempore spectatur. p. 451.

De Fideicommissariis hæreditatibus, & ad Sctum Trebellianum.

Tit. 23.

Controversia I.

Testator Trebellianicam prohibere potest. p. 452.

2. Filius Fideicommisso gravatus, & Legitimam & Trebellianicam deducere potest. p. 454.
3. Extranei fideicommisso gravati fructus in Trebellianicam imputant. pag. 457.

De Singulis rebus per fideicommissum relictis.

Titul. 24.

Controversia I.

Quando quis plus restituere rogatur, quàm ipse ex Testamento acceperit, quod plus est inutiliter relinquitur. p. 459.

De Codicillis.

Tit. 25.

Controversia I.

Æmilia in codicillis testis esse potest. p. 460.

2. Statuto testari prohibitus nec Codicillos jure condit. p. 461.
3. Testamentum ipso jure nullum virtute clausulæ codicillaris sustinetur. pag. 463.
4. Testamentum tamen, in quo posthumus præteritus, virtute clausulæ istius codicillaris non sustinetur. p. 465.

Liber III.

De Hæreditatibus, quæ ab intestato defc-
runtur.

Tit. 1. cum. 12. subseqq.

Controversia I.

Repræsentationis ius in descendantibus in infinitum extenditur. p. 467.

2. Nepos post avi mortem conceptus & natus avo succedit. p. 469.

3. Per subsequens matrimonium legitimatus in feudo succedit. p. 470.

4. Princeps filium naturalem extantibus etiam agnatis ita legitimare po-
test, ut in feudis antiquis (Stamlehen) succedere possit. p. 472.

5. In adscendentium successione bonorum divisio facienda non est. p. 474.

6. Fratrum & sororum liberi soli in capita, non verò in stirpes succedunt.
p. 475.

7. Fratres & sorores ex uno solùm latere juncti absq; bonorum distinctio-
ne succedunt. p. 477.

8. Inter adscendentes ius repræsentationis locum non habet. p. 478.

9. Ius repræsentationis in feudis obtinet. p. 480.

10. Cognatorum successio ultra decimum gradum non extenditur d. p. 480.

11. Conjux conjugem interficiens successione ejus privatur. p. 482.

12. Statutum de mutua conjugum successione disponens, sponsalibus de præ-
senti celebratis, locum non habet. p. 483.

13. In suis hæredibus successorium Edictum locum non habet. p. 484.

14. Bonorum possessio non solùm possessionem, sed etiam dominium ipsum
sive proprietatem tribuit. p. 486.

15. Statuto introduci potest, ut fratres exclusis sororibus ad parentum suc-
cessionem admitti debeant. p. 487.

16. Differentia inter suos & emancipatos hodie quò ad successionis ius sub-
lata est. p. 488.

De Obligationibus.

Titulus 14.

Controversia I.

Obligatio ad res referenda est. p. 489.

2. Definitio obligationis in pr. h. t. naturali obligationi non convenit.
p. 492.

**Quibus modis re contrahitur obli-
gatio.**

Titulus 15.

Controversia I.

*Africanus IC. in l. qui negotia 34. mandat. non dissentit ab Vlpiano IC.
in l. singularia 15. ff. d. reb. credit. pag. 493.*

2. Mutuum proprius est contractus. p. 495.

3. Mutuum est, si quis eosdem nummos, quos accepit, reddiderit. p. 496.

*4. Aureis nummis mutuo datis, alterius generis nummis solutio fieri potest.
p. 497.*

*5. In solvenda moneta, ex mutuo debita, contractus tempus inspicere debet.
p. 488.*

*6. Nullus est dissensus inter Vlpianum IC. in l. rogasti 11. ff. d. reb. cre-
dit. & inter Africanum IC. in l. qui negotia 34. ff. mandat.
p. 502.*

7. Civitas ex mutuo obligatur p. 505.

8. Ex mutuo condictio certi specialis competit. p. 508.

9. Indebiti solutio est quasi contractus. p. 509.

*10. Damnum rei commodata, in via cum perferretur illatum, interdum
patitur dominus; interdum vero commodatarius. p. 511.*

11. Compensatio in commodato locum non habet. p. 512.

12. Res immobilis deponi potest. p. 515.

13. Depositarius de dolo & lata culpa tenetur. d. p. 515.

*14. Propter necessarias impensas, à depositario in rem depositam factas, re-
tentionis jure uti licet depositario, donec ei refusio expensarum facta
fuerit. p. 516.*

*15. Cum quantitas non obsignata deponitur, tacite contractum censetur,
ut pecuniâ istâ utatur depositarius: vel si expresse convenerit ut uta-
tur, manet depositum. p. 518.*

16. Sequester non possidet. p. 521.

*17. Si res aliena pignori obligetur, dominus vero debitori haeres extiterit,
creditori utilis conceditur pignoratitia actio. p. 524.*

*18. Creditor de pignore dolum, latam, levem, non levissimam culpam
prestare tenetur. p. 526.*

*19. Invecta & illata in praedium urbanum domino aedificii tacite pro mer-
cede & damnis obligata sunt. p. 527.*

Controversiarum

20. Mulier in dotis repetitione creditoribus, expressum hypothecam anteriorem habentibus, non praefertur. p. 528.

De Verborum Obligationibus.

Titul. 16. cum 3. seqq.

Controversia I.

Stipulatio est contractus juris civilis. p. 530.

2. Inutilis est stipulatio, si quis ad ea qua interrogatus non aptè nec congruenter responderit. p. 531.
3. Impersonalitas stipulationem non vitiat. p. 532.
4. Res, qua in commercio non est, male in stipulationem deducitur. p. 533.

De Fidejussoribus.

Tit. 21.

Controversia I.

Fidejussor nuda civili obligationi accedere non potest. p. 534.

2. In criminalibus fidejussor intervenire potest. p. 535.
3. Quando in maiorem summam se obligavit fidejussor, quam obligavit se reus principalis, pro concurrente summa tenet fidejussio. p. 537.
4. Mora rei principalis fidejussoris obligationem perpetuat quidem; non tamen auget. p. 542.
5. Mulier Scto Vellejano, eam pro aliis intercedere & fidejubere prohibenti, renunciare potest. p. 547.
6. Pro dote conservanda fidejussor accipi nequit. p. 552.
7. Qui se ut principalem obligavit (als ein selbs Schuldner) ordinis beneficium haud fruitur. p. 554.

De Literarum Obligationibus.

Titul. 22.

Controversia I.

Exceptio non numerata pecunia post biennium objici nequit; et si reusonus probandi, sibi pecuniam numeratam non esse, in se recipere velit. p. 556.

2. Exceptioni non numerata pecunia debitor renunciare potest. p. 559.
3. Exceptio non numerata pecunia locum habet, si quis antè se accepisse pecuniam confiteretur, quam scriberet Chyrographum. p. 561.

De Obligationibus ex consensu.

Titulus 23.

Controversia I.

Emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum proprie sunt contractus: p. 163.

De Emptione Venditione.

ne.

Titul. 24.

Controversia I.

Emptio venditio est contractus iuris Gentium. p. 565.

2. A perfecta nec consummata emptione venditione recedere licet, si modo emptor arbitratu amittere, vel venditor duplicatas restituere velit. p. 568.

3. Venditor rem precise tradere tenetur. p. 572.

4. Venditor emptori vacuam possessionem tradere tenetur. p. 575.

5. Periculum rei venditae etiam ante traditionem ad emptorem spectat. pag. 579.

6. In emptorem hereditatis ius ad crescendi transit. p. 583.

7. Remedium L. 2. C. d. rescind. empt. vendit. non solum in venditore, sed etiam in emptore locum habet. p. 588.

8. Beneficium L. 2. C. d. rescind. empt. vendit. in transactione locum non habet. p. 590.

9. Beneficium d. l. 2. locum non habet, quando laesus contractus tempore lationem scivit. p. 593.

10. Beneficium d. l. 2. venditori adversus emptorem emptoris non datur. pag. 595.

11. Idem d. l. 2. beneficium, re per subhastationem venditae, obtinet. p. 597.

12. Re apud emptorem perempta d. l. 2. beneficio locus non est. p. 599.

13. Geminatus consensus d. l. 2. beneficium non excludit. p. 607.

14. In datione insolutum d. l. 2. beneficium admittitur. p. 602.

15. Iuramentum d. l. 2. beneficium excludit. p. 603.

16. Fructus rei emptae venditae rescisso contractu restituendi non sunt. pag. 605.

17. Ex L. 2. C. d. rescind. empt. vendit. ad emptionem venditionem rescindendam agere volens, actionem ex empto recte instituit. p. 607.

18. Pactum de retrovendendo est personale, nec rem afficit. p. 609.

19. Fructus tempore revenditionis pendentes inter emptorem & venditorem ratione temporis dividi debent. p. 613.

De Locatione conductione.

Titul. 25.

Controversia I.

Merces in locatione conductione in re quavis fungibili consistere potest.

pag. 615.

2. *In contractu locationis conductionis culpa levis, non levissima prestanda est.* p. 617.
3. *Conductor domus de incendio non tenetur, nisi culpâ ejus ortum esse incendium, à locatore probetur.* p. 620.
4. *Contractus Emphyteuticus est juris Gentium.* p. 623.
5. *Contractus Emphyteuticus est bonæ fidei contractus.* p. 624.
6. *In contractu Emphyteutico scriptura intervenire debet.* p. 625.
7. *Dominus directus Emphyteutam, canonem non solventem, propriâ auctoritate expellere nequit.* p. 626.
8. *Emphyteusis sine consensu domini donari non potest.* p. 627.
9. *Emphyteuta, Canonem non solvens, non ipso jure cadit jure suo, sed judicis sententiâ opus est.* p. 629.
10. *Emphyteutâ cessante in canonis solutione & Domino voluntatis suæ declarationem differente, fructus Emphyteuseos interim percepti ad Emphyteutam pertinere debent.* p. 631.
11. *In locatione conductione propter anni sterilitatem mercedis; non verò in Emphyteusi canonis remissio fieri debet.* p. 634.
12. *Re Emphyteuticâ ab hostibus occupatâ Canon quoq; remittendus est.* pag. 637.
13. *Quæ sit magna sterilitas, ob quam Canonis remissio fieri debeat, prudens & discretus judex ponderatis circumstantiis æstimabit.* p. 640.
14. *Emphyteuta Ecclesiæ collectas, à Laicis impositas,olvere tenetur.* pag. 643.
15. *Ex contractu Emphyteuticario actio Emphyteuticaria nascitur.* p. 645.
16. *Locatio ad longum tempus dominium utile confert.* p. 649.

De Societate.

Tit. 26.

Controversia. I.

Societas omnium bonorum tacite contrahi potest. p. 655.

2. *Societate omnium bonorum coitâ, dos filia ab altero socio data, vel sumptus in studia, vel honorem filii erogati societati imputantur.* p. 657.

3. Pe-

Elenchus

3. *Periculum pecunie capitalis, vel rei in societatem collata, ad eum debet pertinere, qui eam contulit.* p. 660.
4. *Altero sociorum pecuniam conferente, altero operam praestante; pecunia finitâ societate dividenda non est.* p. 666.
5. *Heredes in societate non succedunt.* p. 669.
6. *Solâ decoctione societas non solvitur.* p. 672.
7. *In contractu societatis levis culpa praestanda venit.* p. 674.
8. *Socius tam personam socii quàm bona ejus obligare potest.* p. 677.

De Mandato.

Titul. 27.

Controversia I.

- Mandatum generale cum libera ea in se continet, quæ speciale aliàs mandatum requirunt.* p. 682.
2. *Mandans alium vulnerari, cum expressa protestatione ne occideretur, ordinariâ L. Corneliae pœnâ non tenetur.* p. 664.
 3. *Ex consilio mandati actio non nascitur.* p. 687.
 4. *In mandato levissima culpa praestanda venit.* p. 689.
 5. *Mandatarius, qui fines mandati excessit, quò ad terminos praefixos mandati habet actionem; quò ad excessum verò ne utilis quidem negotiorum gestorum ei competit actio.* p. 690.
 6. *Mandatam morte mandantis & mandatarii solvitur.* p. 694.
 7. *Mandatum gratuitum esse debet.* p. 696.

De Obligationibus, quæ quasi ex contractu nascuntur.

Titul. 28.

Controversia I.

- Negotiorum gestor de levissima culpa tenetur.* p. 689.
2. *Negotiorum gestor de iis negotiis, quæ non gessit, non tenetur.* p. 700.
 3. *Negotiorum gestorum datur actio, si quis absentis & scientis negotia gesserit.* p. 701.
 4. *Ratihabitione ejus superveniente quod gestum est, interdum mandati, interdum verò negotiorum gestorum datur actio.* p. 703.
 5. *Item si pater aut mater res filia à sponso donatas suscepit, modò negotiorum gestorum, modò mandati, vel depositi competit actio.* pagin. 704.
 6. *Negotiorum gestorum actio correo, qui totum solvit debitum, adversus correum non datur.* d. p. 704.
 7. *Indebitum juris errore solutum repeti potest.* p. 705.

Controversiarum

3. Ex quibus causis inficiando licet crescit, ex his causis non debitum solummodo repeti nequit. p. 707.

Per quas personas nobis obligatio acquiritur.

Tit. 29. Controversia I.

Obligatio per procuratorem adquiri potest. p. 708.

Quibus modis tollitur obligatio.

Tit. 30. Controversia I.

Debitor in Diem ante diem invito creditori solvere potest. p. 709.

2. Acceptilatio per procuratorem fieri nequit. p. 711.

3. Acceptilatio inutilis utile continet pactum. d. p. 711.

4. Præcedens obligatio pænâ stipulatione non novatur. p. 712.

5. Per litis contestationem novatio inducitur. p. 713.

6. Delegatio debitori delegando invito fieri non potest. p. 715.

Liber IV.

De Obligationibus, quæ ex delicto nascuntur.

Titulus I. Controversia I.

Furtum Lege Naturali prohibitum est. p. 718.

2. Pænâ laquei furto constituta, dura videtur. p. 719.

3. Creditor rem debitam, vel aliam æquivalentem surripiciens, furtum non committit. p. 720.

4. Duo hac ope & consilio conjunctim in actione furti non requiruntur. p. 722.

5. Condictio furtiva adversus furis heredem in solidum datur. p. 723.

6. Fur, qui rupto laqueo de patibulo cadit, an iterum suspendi debeat; prudens iudex ponderatis circumstantiis æstimabit.

7. Fur nocturnus & diurnus quandoque impune occidi potest. p. 727.

8. Fur ad ultimum supplicium damnatus, meretrici vel puella, cum in matrimonium petenti, dimittendus non est. p. 729.

9. Fur ad mortem condemnatus, vel heredes ejus, rem vel æstimationem, si non extet amplius, cum interesse Domino præstare nihilominus tenentur. p. 732.

10. Famis necessitas a furti pænâ excusat. p. 734.

De Vi bonorum raptorum.

Tit. 2. Controversia I.

Adversus raptorem actio furti manifesti datur. p. 735.

2. Quod rapina mitior sit pænâ, quam furti manifesti; ejus ratio dari potest. pag. 736.

3. Mulier, rusticus, miles similesque persona, quibus jus ignorare permissum est; pænâ constitutionis in l. si quis in tantam 7. C. unde vi haud subjacent. p. 738.

4. Dicta constitutio, vel Divi Marci Decretum in l. extat. 13. ff. quod met. caus. in creditore, pignus ex conventionem occupante, debitore etiam reluctante, non obtinent. p. 741.

5. Nec Divi Marci constitutio ad eum pertinet, qui rem sibi debitam iudicis incompetentis autoritate reposcit. p. 745.

De Lege Aquilia.

Tit. 3. Controversia I.

Legis Aquilia actio in heredem non datur. pag. 746.

Elenchus

2. Per Civilem Legem Aquilia actionem, prius institutam, criminalis legem Cornelia accusatio non consumitur. p. 747.
3. Consilarii, Doctores, Advocati & Medici, imperitiā peccantes, actione in factum tenentur. p. 748.

De Injurijs.

Tit. 4. Controversia I.

- Verba naturā suā injuriam importantia, injuriandi animo prolata esse praesumuntur.* p. 749.
2. Is, qui in judicio contra testes excepit, quod sint infames, falsarii, perjuri, aliq; criminibus obnoxii, nec tamen probat objecta crimina; testibus injuriarum actione tenetur. p. 753.
 3. Veri ac convicti ab injuriarum actione non excusat. p. 756.
 4. Actio ad Recantationem (Wann auff ein Widerruff gellagt wird) non criminalis; sed civilis est. p. 759.
 5. Retorsio de jure civili licita esse censetur. p. 761.
 6. Injuriarum actio per retorsionem tollitur. p. 763.
 7. Famosus libellus propriē non est, si quis nomen in eo exprimat & subscribat. p. 765.
 8. Ex famoso libello etiam injuriarum actione agi potest. p. 770.
 9. Famosorum libellorum compositoribus & Disulgatoribus Talionis pena praestituta est. p. 771.
 10. Actio injuriarum, ex L. Cornelia descendens, perpetua est. p. 775.
 11. Pater injuriam, filio illatam, eo invito remittere potest. p. 777.

De Obligationibus, quae quasi ex delicto nascuntur.

Tit. 5. Controversia I.

- Cuilibet cauponari & hospites recipere licitum est.* p. 780.
2. Caupo signa ostentans. (Welcher einen offenen Schild aufhänget) hospites invitus recipere tenetur. p. 782.
 3. Caupo ad rei, in diversorium ab hospite illata & culpā illius ibi amissa, restitutionem tenetur. p. 783.

De Actionibus.

Tit. 6. Controversia I.

- Definitio actionis, à Iustiniano Imperatore in pr. h.t. tradita, realibus quoque actionibus convenit.* p. 786.
2. Populares etiam actiones sub actionis definitione comprehenduntur. d. p. 786.
 3. Actiones juris sunt civiles. p. 787.
 4. Vno casu is, qui possidet, actoris partes obtinet. p. 788.
 5. Actio Publiciana ei, qui rem à furioso, ignorans eum furere, emit, datur. p. 791.
 6. Publiciana vero domino competit. p. 792.
 7. Publiciana actio adversus verum dominum locum non habet. p. 794.
 8. Publiciana adversus possidentem pro herede locum habet. p. 796.
 9. Duplicitas iudicii, rescindentis & rescissorii, à Dd. conficta in jure fundata non est. p. 798.
 10. Actio Pauliana est personalis, non realis. p. 799.
 11. Pauliana actio locum habet, etsi alienationis tempore bona à creditoribus possessa non fuerint. p. 802.
 12. Pauliana non datur, ubi debitor in fraudem creditorum hereditatem, aut legatum repudiavit. p. 803.
 3. Per iurjurandum prior actio non tollitur. p. 804.

Controversiarum

14. *Pena quinquaginta aureorum adversus eum constituta, qui quid ex albo Pratoris corrumpit, tota auctori cedit.* p. 805.
15. *Adhuc hodie parentes sine venia impetratione citari non possunt.* p. 806.
16. *Non verca sine venia impetratione in ius vocari potest.* d. p. 806.
17. *Mixta dantur actiones.* p. 807.
18. *Non dantur plures bona fidei actiones, prater in §. 28. & seq. h. t. enumeratas.* p. 808.
19. *Arbitraria actiones à bona fidei & stricti juris actionibus specie distincta sunt.* p. 809.
20. *Libellus post litis contestationem mutari nequit.* d. p. 809.
21. *Iudex certam sententiam pronunciare debet.* p. 811.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.

Tit. 7. Controversia I.

1. *Ob solam scientiam domini, vel patris actio quod jussu datur.* p. 812.
2. *Institor ex contractu, prapositionis tempore celebrato, non tenetur.* p. 814.
3. *Institoria actio ei datur, qui sciens mortuum esse dominum cum Institore contraxit.* p. 815.
4. *Extante peculio de in rem verso agi potest.* d. p. 815.
5. *Filius familiars Scto Macedoniano renunciare non potest.* p. 816.
6. *Filius familiars factus pater familiars, si partem debiti agnoverit, totum debitum agnosuisse non censetur.* p. 818.
7. *Si filius familiars non sic ab initio mutuam pecuniam acceperit, quasi in studia erogaturus, postea tamen in studia impenderit, puta liberos emendo, &c. cessat Sctum.* p. 819.

De Noxalibus Actionibus.

Tit. 8. Controversia I.

Noxalis actio adversus bona fidei possessorem competit. d. p. 819.

Si Quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

Tit. 9. Controversia I.

Si fera quadrupes pauperiem fecerit, ut ursus, leo, aper, &c. directa de pauperie actio datur. p. 820.

De his, per quos agere possumus.

Tit. 19. Controversia I.

1. *Excommunicatus procuratorem ad agendum constituere nequit.* p. 824.
2. *Nec Bannitus procuratorem ad agendum dare potest.* p. 822.
3. *Procurator appellationem prosequi non potest.* p. 823.
4. *In criminalibus procurator non admittitur.* p. 824.
5. *In dignitate constitutus salva dignitate sua procuratoris judicialis officio fungi potest.* p. 827.
6. *Infamis de jure Iustiniano procurator esse potuit.* d. p. 827.
7. *Negligentia & contumacia procuratoris domino nocet.* p. 828.
8. *Per falsum procuratorem gesta sententia lata ratihaberi à domino nequeunt.* p. 830.

De Exceptionibus.

Tit. 13. Controversia II.

1. *Exceptio quod metus causa parenti patronove objici nequit.* p. 831.
2. *Neque doli exceptio contra patronum parentemve locum habet.* p. 832.

Elenchus Controversiarum

3. *Adversus rem judicatam, ob instrumenta noviter reperta, in integrum restitutio non datur* d. p. 830.
4. *Si eadem res petatur, licet aliâ actione, exceptio rei judicata obstat.* p. 834.
5. *Exceptiones litis finitæ ante litis contestationem opponi possunt.* d. p. 834.
6. *Iudex ordinarius de jure Civili ut suspectus recusari potest* p. 836.
7. *Iudex sub clausula recusatatione remotâ a Principe datus, ut suspectus recusari potest.* p. 837.

De Interdictis.

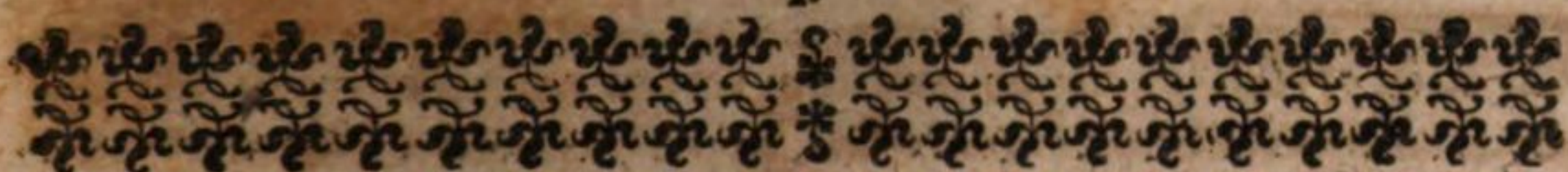
Tit. 15. Controversia I.

- Interdicta olim formula non erant.* p. 839.
2. *Quadam interdicta proprietatis causâ comparata sunt.* d. p. 839.
 3. *Præter tres interdictorum species, adipiscenda, retinenda, & recuperanda possessionis, quarta, conservanda sc. possessionis, non datur.* p. 840.
 4. *Agentis interdicto quorum bonorû dominus exceptio objici nequit.* d. p. 840.
 5. *Interdictum Salvianum in solo locationis conductionis casu obtinet.* p. 841.
 6. *Colonus & Inquilinus naturaliter non possident.* p. 843.
 7. *Nec commodatarius & depositarius naturaliter possident.* p. 844.
 8. *Duo unam & eandem rem in solidum possidere possunt.* p. 845.
 9. *Filius à parente & libertus à patrono juramentum calumnia exigere nequeunt.* p. 846.
 10. *A iudice incompetente citatus venire & comparere debet.* p. 847.
 11. *Ad certam causam citatus ad aliam respondere non tenetur.* p. 848.

De Publicis judiciis.

Tit. 18. Controversia I.

- Populares actiones publica judicia non sunt.* p. 849.
2. *Vox illa Peinlich non ad pœnas solum corporis afflictivas pertinet, sed etiam ad alias leviores extenditur.* p. 850.
 3. *Crimin laesa Majestatis non adversus Imperatorem solum, sed etiam alios Reges, Principes & Respublicas, superiorem non recognoscentes committitur.* p. 852.
 4. *Crimē laesa Majestatis adversus Cōsiliarios Principis committi potest.* p. 853.
 5. *Pœna criminis laesa Majestatis ad nepotes minimè extenditur.* p. 853.
 6. *Bona reorum criminis laesa Majestatis ante sententiam ipso jure sisco vindicantur.* 854.
 7. *Pœna adulteris ex L. Julia capitalis non fuit.*
 8. *Pœna mortis homicidio constituta in personis etiam Nobilioribus obtinet.* p. 857.
 9. *Titium occidere volens, si Marvium occiderit, ordinariâ L. Cornelia pœnâ tenetur.* p. 859.
 10. *Homicidium, ex amoris astu inter corviales commissum, ordinariâ L. Cornelia pœnâ puniendum est.* p. 859.
 11. *Homicidium ab ebrio commissum ordinariâ quoq; L. Cornelia pœnâ puniri debet.* p. 860.
 12. *Is qui non quidem parentem, sed eum qui parentis loco est occidit; atrocissimâ illâ L. Pompeia pœnâ puniri non debet.* p. 861.
 13. *Si quis monetam Principis inferioris adulterârit, exustionis pœna locum habere non videtur.* p. 863.
 14. *Lege Iuliâ peculatus tenetur, qui pecuniam Municipio & civitati præter Romam furatus fuerit.*



NUCLEI JURIS CONTRO- VERSI, AD DIVI IMPERATORIS Justiniani Institutiones directi:

Prooemium.

*In nomine Domini nostri
Jesu Christi.*

Controversia I.

*Divini Numinis invocatio de substantia in-
strumenti non est.*

Summaria.

In nomine Domini nostri Jesu Christi ad omnia consilia omnesque actus
feliciter progredimur. n. 1. 2. 3. & 4.

Divini Numinis invocatio in instrumentis à Notariis hodie præmitti solet. n. 5.

Negativa controversiæ huius sententia comprobatur. n. 6. & 7.

Requisita instrumenti de jure civili & hodiernis moribus. n. 8. & 9.

Respondetur ad Novell. 47. §. 1. n. 10.

Si Divini Numinis invocatio de consuetudine requireretur in instrumentis,
ea servari deberet. n. 11. & 12.

Maximiliani 1. Imperatoris constitutio de particulari consuetudine loqui-
tur. n. 13.

Negativa controversiæ huius sententia communis est & de consuetudine
obtinere. n. 14.

Contraria sententia refutatur. n. 15. & 16.

Plena consuetudinis probatio esse debet. n. 17.

Consuetudo extra terminos loci, in quo obtinet, extendenda non venit. n. 18.



Um * in nomine Domini nostri Jesu
Christi ad omnia consilia omnesque actus feli-
citer progrediamur, l. 2. C. d. offic. Præf. Præf.
Afric. * & benè universa gerantur & compe-
tenter, si rei principium fiat decens & amabile
Deo, ut dicit Divus Imperator Justinianus in No-
vell. 6.

3. vell. 6. in præfat. * atque omnium rerum agendarum primordia
 4. à Diis immortalibus capienda sint, ut piè loquitur Cicero, * difficile etiam sit ut bono peragantur exitu, quæ malo inchoata sunt principio, & ubi Christus non est fundamentum nullum boni operis sit superædificium; *cap. cum Paulus 26. c. 1. q. 1.* idcirco prædictus Imperator Institutiones suas in nomine Domini nostri Jesu Christi rectè exorditur.
5. Hinc * etiam in publicorum Instrumentorum confectione Divini Numinis invocatio hodie à publicis Notariis ubique locorum meritò præmitti solet. Sed an hoc de substantia & forma sit instrumenti, ita ut omissio ejus vitiet instrumentum, apud Doctores nostros controvertitur.
6. Cujus * sanè controversiæ negativa sententia per textum in *Novell. 47. c. 1. §. 1.* comprobatur: ubi relatis instrumenti necessariis requisitis, hujus nulla fit mentio. * Nam ad substantiam instrumenti ea solùm desiderantur, unde rei veritas aut falsitas deprehendi facillè queant: * ut sunt annus Imperii illius sacratissimi Augusti Imperatoris, Consulis appellatio, (quæ tamen mutata Imperii formâ hodie ab usu recessit) Indictio, Mensis & Dies.
7. Hodie * moribus annus Christi quoque ponendus est, *Mynsing. ad c. 1. x. d. fid. instrument. Rutger. Ruland. d. commissar. 2. d. commissar. 5. c. 7. n. 6.* & locus negotii celebrati assignandus. *arg. l. optimam 14 C d. contrah. & committ. stipulat. Covarruv. pr. quest. 20. n. 3* Ilico Umm. *d. process. disput. 17 th. 3. n. 15.*
8. Neque * adversantur. *d. §. 1.* illa verba, *autore Deo*: siquidem horum verborum hic sensus est; solennitatem illam, de qua agitur ibi, post constitutionem illam statim servari debere prima indicatione, quæ autore Deo appetit.
9. Verùm * si consuetudo alicubi vigeret, ut Divini Numinis invocatio in instrumentis præmitti deberet, ea tanquã pia & honesta omninò servanda esset: *arg. c. 26. c. 1. q. 1.* quâ non servatâ, instrumentum nullas vires haberet. Et * de hac consuetudine, quòd plerisque in locis servetur, testatur Treutlerus, *p. 2. disput. 5. th. 8. lit. A.* Ad * quam etiam Maximiliani 1. Imperatoris Constitutio in Comitibus Coloniensibus *de An. 1512 §. Nach dem / ibi, n. mblich* daß im Anfang nach Anrufung des Göttlichen Namens &c. promulgata respicit, quæ minimè de universali sed particulari consuetudine
10.
11.
12.
13.

tudine accipienda est. Atque * hanc sententiam defendunt Doctores communiter, eaque de communi & antiqua consuetudine obtinuit. Jacob. Ayres in process. p. 1. c. 9. observat. 9. n. 2. & mult. seqq. Covarruv. d. q. 20. n. 1. Soarez. in commun. opinion. lit. I. n. 114. Ludovic. Gilhaus. in arbor. judiciar. civil p. 3. c. 6. n. 39. Anton. Bullæ. d. instrument. discurs. 2. Schneidevvin. hic n. 1. Compilat. præjudic. Cameral. verb. instrumentum. Donell. ad l. 15. C. d. fid. instrumentor. D. Harpprecht. p. m. hic n. 5. & seqq. tom. 1. Cunrad. Rittershus. ad dict. Novell. 47. p. 9. c. 24. n. 44. Bernhard. Grævæ. libr. 2. conclus. 14. in coron. solennit. 1. & 5.

Quicquid * contra sentiant Baldus, in l. 1. d. nov. codic. faciend. Lanfranc. d. Oriano, in practic. judiciar. c. 9. n. 7. Mynsing. ad d. c. 1. n. 15. Matth. Stephan. ad d. Novell. 47. n. 5. Bornit. d. instrument. libr. 2. & 3. Walter. 2. miscellan. 1. & Umm. d. process. d. disput. 17. th 3 n. 13. asserentes: hodie de consuetudine universali invocationem hanc Numinis Divini in instrumentis necessariam esse, ita quidem, ut omissio ejus vitiet instrumentum. Etenim * consuetudo, cum facti sit, c. 1. d. constit. in 6. est probanda, & si non probetur, juris civilis dispositioni inhaerendum erit. l. 1. C. quæ sit long. consuet. Sürstl. Würtemb. Hoffgerichts Ordnung. tit. 9. pag. 19. Bartol. in l. si post dotem 40. ff. solut. matrimon. circ. prin. Cyn. in l. dos à patre 4. C. eod. tit. Alexand. d. imola consil. 67. circ. med. vol 7. Paul. d. Castr. in l. prescriptione 2. C. si contra jus & utilit. public. col. 4. lit. B. Dec. consil. 142. col. 8. vol. 1. Hyppolit. in practic. caus. criminal. § constante n. 16. Joseph. Mascard. d. probat. conclus. 423. & seqq. vol. 1. D. Theodor. Reinking. in tractat. synopt. d. retract. consanguin. q. 1. n. 61 & seqq. pag. 27.

Plenam * autem consuetudinis probationem esse oportet, Bartol. in repetit. l. 2. C. quæ sit. long. consuet. q. 27. Aym. Cravet. consil. 624. n. 13. tom. 2. & in specie ea est probanda, nec generalis probatio sufficit. Oldrad. consil. 237. col. 2. Alexand. Consil. 6. vol. 5. Cravett. consil. 582. n. 87. Quamvis * igitur consuetudo isthæc quibusdam in locis obtineat, ut invocatio hæc Numinis Divini in publicis instrumentis præcisè & de absoluta necessitate sit præmittenda, ea tamen extra terminos loci illius in quo obtinet, extendenda non venit. c. quod ad translationem & ibi Abbas in 2. notab. d. offic. delegat. Bartol. in d. l. si post dotem 40. column. pen. ff. solut. matrimon.

Aym. Cravett. *consil.* 985. n. 58. *versic. si ad voluntatem.* Johann. Vincent. Hondedæ. *consil.* 29. n. 37. *part.* 3. *vol.* 2. D. Reinking. *d. tract. consang.* q. 2. n. 114. *pag.* 102.

Controversia II.

*Imperator Justinianus quovis ἀναλφάβητος ποτε
fuit rudior.*

Summaria.

Negativa controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 1. 2. 3. & 4.

Imperator Justinianus magni fuit ingenij, magnæque doctrinæ. n. 5. & 6.

Gloriosissimum * Imperatorem Justinianum quovis ἀναλφάβητος fuisse imperitorem, iniquissima quorundam est calumnia. Profitetur enim Justinianus in §. 6. d. *confirmandis institut. proæm. hui.* se institutiones Imperiales sibi per Compilatores oblatas legisse.

2. Et * in *pr. Constit. d. confirm. ff. ad omn. popul.* ait idem Justinianus: semper sese investigasse Digesta & perscrutasse: quod certe
3. minimè dixisset Justinianus, si nec legere potuisset. Quis * enim tam audax, qui Imperatorem mendacii argueret, quo in terris hinc nihil majus habetur, nihil sanctius?

4. Verisimile * etiam non est: Justinianum tam immensum & admirabile Opus ut est Corpus juris, tantà perfici curasse diligentiam, nisi & fuisset literatissimus: quippe imperiti literarum minimè earum curam habent. Unde * candidè scribit Platina in
5. *vit. Pontif. in Bonifac. 2.* Imperatorem Justinianum tanti fuisse ingenii tantæque doctrinæ, ut mirum non sit, quòd leges Romanas sparsas & incompositas in ordinem redegerit.

6. Quare * mirari licet, ex Doctissimis etiam hodie repetiri quosdam, Vallæ temerariâ impudentiâ contrarium dicenti calculum suum adjicientes: qui gratitudinis memores cogitare potius deberent, se beneficio Divi Imperatoris Justiniani honores non infimos & divitias haud exiguas reportasse.

Vid. D. Harppr. in prolegom. n. 31. Erasmi.

Ungespaur. Exercit. 1. q. 6.

Contro-

Controversia I II.

Tribonianus neq̃ atheus fuit neq̃ paganus.

Summaria.

Suidæ, Harmenopuli & Procopii de Triboniano sinistrum testimonium.
n. 1. 2. 3. & 4.

Triboniano magna indoles & naturæ vis excellens infuit n. 5. & 6.

Suidas, Harmenopulus & Procopius refutantur. n. 7. 8. 9. & seqq.

DE * Triboniano, cujus operâ & industriâ Imperator Justinianus juris nostri volumina componi & in unam consonantiam redigi fecit; pessima memoriæ prodidere Suidas, Harmenopulus & Procopius.

Equidem * Suidas de eo ita scribit: quòd Græcanicæ Religionis sive Paganismo addictus fuerit, omnibus modis à Christiana Religione alienus, adulator & impostor, qui Imperatori immortalitatem persuadere conatus fuerit.

Harmenopulus * *libr. 1. tit. 1. §. 10.* Triboniano ferè in eundem sensum maledicendo præconia exhibet: eum fuisse avarissimum, solitum ab iis pecunias accipere, qui controversias suas per Imperatorem decidi voluerint, in quorum gratiam atque ad nutum mutasse jura, partim verò de industria obscuras atque ambiguas scripsisse leges, ut in varias partes & multiplices sensus animi lectorum distraherentur.

Eadem * quoque elogia Triboniano nostro affingit Procopius *libr. 1. rer. Persic.* quando ait: quòd opum & pecuniarum sicientissimus fuerit, & quasi mancipium nummi.

Hoc * dictorum scriptorum proprio testimonio verum est & indubitatum: Triboniano magnam indolem & naturæ vim excellentem infuisse, qui ad naturæ dexteritatem felicitatemque etiam doctrinæ culturam adjunxerit, adeoque eruditionis excellentiâ & innatæ affabilitatis suavitate omnes ævi sui mortales facile superârit. Quod * ipsum etiam ejus tam brevi & celeri temporis spatio confecta & composita immensa juris opera testatum faciunt.

Istis * autem detestandis vitiis, quæ Suidas, Harmenopulus & Procopius aspergunt Triboniano & falsò ei affingūt, haud fuisse

8. eum inquinatum, ex eo constare potest: quod si talis fuisset Tribonianus, tantæ dignitatis officium non concedidisset ei Justinianus: siquidem * voluit Justinianus: hæreticis nihil ex moribus cum cæteris commune esse debere. *l. Manichæos 4. pr. C. d. hæretic. manich. & samarit.* Quin Græcis sive Paganis, Judæis & Samaritanis Magistratum gerere, dignitatem habere, aut jus dicere expressè prohibuit. *l. manichæi 12. §. reliqui d. r.*

9. Neque * etiam Justinianus Tribonianum Viri Gloriosissimi, in *l. maximum. 4. C. d. lib. præterit.* Excellentissimi in §. 12. *instit. d. fideicommissar. hereditat.* & Magnifici nomine cohonestasset §. 2. *d. Nov. Codic. confirm.* Non * ejus ministerium optimum & sincerum, §. 3. *d. concept. ff. solertem legum scientiam & circa jussiones fideni tam sollicitè deprædicasset & extulisset. §. 9. d. Confirmat. ff.*

10. Sed * & ipsis Triboniani laudabilibus factis refutantur supra nominati Scriptores: quot enim pias ac Christianas leges jussu Imperatoris sui scripsit & edidit Tribonianus? Quot titulos de Christiana Religione, de Sacrosanctis Ecclesiis, de Episcopis & Clericis & alios composuit ac divulgavit? Quin imò ipsas leges adversus Paganismum armavit. *t. t. Cod. ne Christian. mancip. & t. t. C. d. Catholic.*

12. Cùm * igitur Suidas, Harmenopulus & Procopius in eo Paganum fuisse Tribonianum, veritatis immemores manifestè deprehendantur & convincantur, & aliàs etiam Suidæ scripta multis fabulis reperiantur referta; neq; eis in reliquis, quæ falsò & ex affectibus de eo scripsere, ulla fides haberi debet. *Vid. Cunrad. Rittershus. ad Novell. constit. in præm. c. 2. n. 18. & seq. D. Besold. in præcognit. miscellan. general. Pandect. n. 13.*

Controversia I V.

Ob juris antiqui compositionem & interpolationem Tribonianus culpandus non est.

Summaria

Tribonianus à quibusdam juris Interpretibus in juris compositione malè & indignè reprehenditur. *n. 1. 2. 3. & 4.*

Tribonianus non semper ad id respexit quod Ulpianus, Papinianus & alij scripsere, sed quod suo tempore in usu erat. *n. 5.*

Vtilius & honestius est, dubia benignè interpretari. *n. 6.*

Quidam

Quidam * Interpretum nostrorum Triboniano varias imprudentiæ, temeritatis, negligentiae & errationis, magis ingenii ostentandi quàm veritatis tuendæ gratiâ impingunt notas: quasi in jure antiquo componendo & interpolando non doctè satis & fideliter esset versatus. Cujus * causâ integras periodos & clausulas expungere ex legibus, easque emendare, vel addendo vel rescando, vel alias voculas in aliarum locum substituendo haud erubescunt.

Verùm * nimis violentum est remedium hoc, cum immodica conjunctum interpretandi seu potius censendi licentia: quâ admissâ nihil certi erit in jure nostro, sed quidlibet ex quolibet effingi poterit. Hi quæ interpretes student, jurisprudentiam nostram evertere & confundere, eamque planè incertam facere.

Si * Triboniano fas non fuit legibus emendandis manum admoveere, neque novis hisce *Expunctioribus* jurisprudentiam tollere fas erit: cum ille ab Imperatore antiqui juris componendi publicam habuerit auctoritatem, hi verò nullam habeant.

Licet * igitur quædam addiderit Tribonianus legibus vel detraxerit, eo nomine tamen minimè reprehendendus: tum propter potestatem & auctoritatem quam ei concessit Imperator: tum quòd non tam ad id respexerit, quod Ulpianus, Papinianus & alii scripsere, quàm potius ad id quod suo tempore in usu erat & in ipsis rerum obtinebat argumentis. §. 3. *proœm. h.* Proinde * utilius honestiusque videtur, dubia benignè interpretari, quàm ficta fingere facinora Triboniano: de quo non nisi honorificè Doctores loqui licet, qui per ejus immortale juris opus propter illud & ex illo subsistunt & sustentantur. Georg. Lopez. *animadvers. jur. c. 7. n. 4.* David Argentè *de Notar. fol. 47.* D. Harppr. *p. m. ad tit. instit. d. adempt. & translat. legat. n. 28. & ad §. 3. proœm. huj. n. 9. & 10.* Bachov. *in not. ad Treutl. p. 2. disput. 13. tb. 4. lit. D. & E.* Osvald. Hillig. *in Donell. enucleat. libr. 3. c. 4. lit. T. & libr. 3. c. 18. lit. C.* Hunn. *d. auctorit. & interpret. jur. c. 2. q. 4.*

Controversia V.

Nulla datur antinomia in jure nostro.

Summa.

Summaria

Non antiquiores Iureconfulti sed Neotericorum quidam antinomias statu-
unt. n. 1. & 2.

Neotericorum opinio refutatur. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

EX * antiquioribus Jureconsultis, quos quidem nos legimus & quantum ab aliis accepimus, nullum invenimus, qui antinomias sive contrarietates legum statuerit, sed neotericorum quosdam, è quorum classe præcipui sunt Jacobus Rævardus, Franciscus Hotomannus, Jacobus Cujacius, Antonius Contius, Johannes Robertus, Antonius Faber, Antonius Matthæus *in disput. 4. colleg. instit. th. 7. & mult. seqq.* sexaginta duas enumerans, & alii qui silentio hîc prætereuntur.

Quàm * longè autem à vero aberrant isti, exinde dijudicari potest: quòd antinomias statuere & defendere idem esse videatur, quod principia sive fundamenta juris negare, confundere & evertere. Nam Imperator noster Justinianus, qui omnia jura in scriniis pectoris sui habere dicitur, *in l. omnium 19. C. d. test.* jurisprudentiam suam ab omni iniqua discordia liberatam esse, disertis ac planè perspicuis verbis asseverat. *in §. 2. d. N. C. fac. §. 1. 4. & 8. d. conc. ff.*

Et * *in l. 1. §. nulla 8. l. 2. §. contrarium 15. d. vet. jur. enac- cleand.* idem ait Imperator noster: nullam esse in jure nostro tantam antinomiam seu contrarietatem, quæ non verà subtilique ipsius rationis indagine conciliari possit & complacari. Itaq; * licet etiam tanti laboris moles in compositione juris voluminum causârit forsân, ut quædam quæ contraria sibi videantur irrepserint; tamen Imperator Justinianus contrarietatem illam autoritate suâ Imperatoriâ sustulit, volens ut omnia subtili aliquâ diversitatis ratione componantur & concilientur. Hæc * mens est Imperatoris, hæc voluntas, hic jussus, hæc lex ejus: quis illi renitetur, quis illi contradicet? quis illam absq; manifesta criminis sacrilegii nota tollet? quis eò audaciæ se provehi patiatur, ut non solum unam alteramque legem tollat, sed totam etiam Imperatoris jurisprudentiam confundat & evertat? Si * in hoc juris articulo disputare cum Imperatore licet, in omnibus quoque aliis cum eo disputare licebit: Sed in aliis juris articulis disputare cum Imperatore non licet: Ergò nec in hoc juris articulo. Connexio majoris propositionis probatur exinde: quòd omnes indifferenter leges Civiles ab auctori,

autoritate Imperatoris dependeant; itaque concessio eo, quod in præsentis juris articulo contradicere liceat Imperatori, concedendum etiam erit, in omnibus aliis contradicere ei licitum esse. Minor propositio per se manifesta est, neque ullus, ut credimus, erit, qui eam negare vel impugnare poterit. Dicet * hîc Antinomista: non posse discrepantias illas commodâ aliquâ ratione conciliari. Sed * respondemus ei: si tot tantasque pugnas in legibus in concordiam reducere potest, neque adeo difficile ei erit reliquas, quas irreconciliabiles temerè judicat, conciliare. Satius * etiam est, aliqualem admittere & tolerare conciliationem, quàm tot antinomias & contrarietates legum, contrà mentem & autoritatem Imperatoris, cum tanta jurisprudentiæ nostræ jactura inducere. Dato * enim uno inconvenienti, sequentur mox infinita. Si * acutulus sive nasutulus mentis suæ acumine porrò abutatur, ut hîc facit, idque ei concedatur, progressus certè in infinitum dabitur: quomodo * res ad eum tandem reducetur statum, ut tota jurisprudentia nostra mendis & antinomiis ita scateat, & eâ laboret incertitudine, ut nulla ejus esse possit autoritas, sed confusum aliquod chaos meritò dicenda sit.

Optima * igitur in dubiis hisce componendis conciliandi ratio erit adhibenda: quâ etiam Tribonianus verisimiliter usus fuisset, tùm temporis si natura antinomistas procreâisset. *Addat. D. Harppr. in prolegomen. instit. n. 22. & ad pr. tit. d. adempt. & transl. legat. n. 28. & seq. tom. 1. Hunn. d. autorit. & interpret. jur. c. 2. q. 3.*

Controversia VI.

Pandectæ, Institutiones, Codex & Novellæ constitutiones, ab Imperatore Justiniano diversis temporibus composita sunt & editæ.

Summaria.

Antiquorum lcc. controversiæ & sectæ. n. 1. 2. & 3.

Tempore Justiniani de jurisprudentia duo millia librorum & versuum trecenties millia extiterunt n. 4.

Justinianus ius illud, quod eo tempore in usu erat, in certum corpus redig. n. 5.

De reformatione trium Codicum, Gregoriano, Hermogeniano & Theodosiano. n. 6.

De Pandectarum editione. n. 7.

De Institutionum editione. n. 8.

Pandectæ prius compositæ sunt quàm Institutiones. n. 9. 10. & 11.

Refutatur contraria opinio. n. 12. 13. 14. & 15.

De novissima Codicis editione. n. 16.

De Novellarum editione. n. 17. & 18.

ANte tempora Salvii Juliani aliorumque Jureconsultorum, qui Edictum perpetuum commentariis suis illustrârunt, & mox circa initium status popularis in Imperatorium commutati, inter * juris interpretes ingentes de quibusdam juris articulis fuere controversiæ, ex quibus postea sectæ enatæ, quarum * autores Labeo & Capito dicuntur: hic enim in veterum perstitit præceptis; ille verò doctrinâ & ingenio fretus, multa innovare conatus est.

Capitoni * successit Masurius Sabinus, huic C. Cassius Longinus, à quo Cassiani nomen sortiti sunt, atque huic Cælius Sabinus, à quo Sabiniani. Labeoni verò, à quo Laboniani, successor extitit Nerva Pater, cui Proculus, à quo Proculiani, & Proculo Pegasus, à quo Pegasiani nomen acceperunt. Et hæ Sectæ ad Jureconsultos posteriores, ex quorum commentariis Digesta nostra compilata, propagatæ sunt. Valentin. Forster. *in histor. jur. libr. 2. p. 179. & seqq.*

Ex * quo factum, ut, cum antiquiores illi de jure complures scripsissent libros, recentiores etiam non paucos, jurisprudentia nostra tandem ad eam redacta sit confusionem, & in eam librorum excreverit multitudinem, ut tempore Justiniani de ea duo millia librorum & versuum trecenties millia extarent. Quam * juris nostri confusionem & tot sententiarum inter se pugnantium varietatem animadvertens Justinianus, ac jurisprudentiam nostram mole suâ ruinam minitari prospiciens, id quod Pompejus M. & C. Julius Cæsar de jure in artem redigendo sibi proposuere, ut scribit Suetonius, aggressus est & perfecit, ac jus illud, quod eo tempore in usu erat, in certum corpus redegit. D. Vultej. *in prolegom. d. stud. jur. jurisprudent. Roman. præfix. p. m. 15. & seqq.*

Initium * autem operis sui fecit Justinianus in tribus istis Codicibus reformandis, Gregoriano sc. Hermogeniano & Theodosiano,

iano, ex quibus operâ Triboniani reliquorumque compilatorum unum confecit Codicem, quem Anno à Christ. nato 529. indict. 7. Idib. April. 17. in lucem edidit. l. unic. d. Cod. Iustinian. confirmand. in fin. l. 1. d. nov. Codic. faciend. Cujac. in paratit. Codic. in proœm. p. m. 2. & 3. Vultej. d. l. pag. 17. & seqq. Petr. Heig. ad §. 2. proœm. huj. n. 4. D. Harppr. hic n. 6. & 7. Forster. in tractat. Iustinian. ad instit. lib. 1. disp. 1. th. 9.

Post * Codicis editionem statim sequenti Anno, scilicet 530. Indict. 8. Idib. Ianuar. 18. Iustinianus Imperator Triboniano ejusque Collegis mandatum de Pandectarum sive Digestorum conceptione dedit, quæ Anno 531. & sequenti 532. ex innumeris Iureconsultorum responsis & voluminibus collecta & consarcinata anno 533. Indict. 11. ad exitum omninò perduxere.

Eodem * anno quo Pandectæ Institutiones quoque prodire. Pandectas * tamen prius compositas fuisse quàm Institutiones, pro indubitato habendum est. Nam * sæpius refert se Justinianus in Institutionibus suis ad Pandectarum libros: ut facit in §. æquè 2. instit. d. action. §. fin. instit. d. public. judic. & in §. sunt & aliæ instit. d. nupt. Et * quòd post Pandectarum libros composita sint Institutiones, dilucidissimè constat ex §. 2. 3. & 4. h. t. ubi disertè affirmat Justinianus: se post adimpletum Pandectarum opus Institutiones in quatuor libros partiri jussisse.

Itaque * divinatoria est Vultei. d. l. pag. 19. & seq. & Matthiæ Stephani in commentar. ad Novell. constit. in proœm. n. 14. contrarium asserentium responsio, dum respondent: absurdum non esse relationem fieri ad id, quod nondum extat quidem, extitutum tamen est & speratur, proinde relationes istas in supradict. §§. esse generales non speciales, ut esse deberent, si Digesta jam tum extitissent. Etenim * nihil clarius à Justiniano in d. §. 2. 3. & 4. proferri ac dici potuit, ut ideò nihil habeat Vultejus quod ad §. 3. à se allegatum & seq. 4. respondeat, sed dicat: hoc ejusmodi esse, ut pluri-explicare operæ pretium sit.

Quomodo * etiam Compilatores juris totius juris prima elementa extrahere & compendium facere potuere, nisi prius composito toto & universo jure? inconveniens certè esset, prius facere compendium & deinde id extruere & componere, ex quo desumptum & factū est compendium; inconvenientius verò esset dicere: ex veterum Jureconsultorum voluminibus compendium hoc juris

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

fecisse compilatores & jure illo quod reformare, partim abolere, partim verò retinere voluerunt: cùm Digesta potiùs veterum Icc. voluminum & responforum compendium esse videantur.

15. Quamvis * verò Institutiones priùs editæ sint, scilicet 11. Decembr. anni 533. Pandectæ autem 17. demum Ianuar. anni sequentis; attamen iussæ sunt Institutiones, ut priùs non valerent quàm Pandectæ. l. 2. §. pen. & ult. d. jur. vet. enucleand. Pandectis * igitur posteriores erunt Institutiones.

16. Promulgatis * Pandectis & Institutionibus, Justinianus priorem Codicem, cuius suprà mentionem fecimus, sub incudem revocavit ex eoque operâ Triboniani & Collegarum ejus novum fieri curavit, qui priori sublato 16. Decembr. divulgatus & mox 4. Ian. anni sequentis autoritate Justiniani confirmatus est: & est ille quo adhuc hodie utimur, quique repetitæ prælectionis Codex dicitur.

17. Novellas * Constitutiones in anno 533. in dict. 3. edidit Justinianus, easque annis sequentibus indies adauxit. Quo * verò anno quælibet constitutio sit edita; ex subscriptionibus Novellarum facilè colligi & cognosci poterit. Valentin. Forster. d. histor. jur. Civil. libr. 3. c. 1. Valtej. d. l. pag. 23. & seq. D. Harppr. in prolegom. Instit. n. 12. & 19. tom. 1. Cunrad. Rittershus. ad Novell. constit. in proem. c. 2. n. 10. & 11. Matth. Stephan. ad d. Novell. constit. in proem. per tot.

Controversia VII.

Institutiones Digestis & utrisq; Codex haud derogant.

Summaria.

Novellæ Constitutiones Digestis, Institutionibus & Codici derogant. n. 1.
Novellæ ipsæ sibi invicem derogare putantur. n. 2.
Institutiones Digestis non derogant. n. 3.
Neque Digestis & Institutionibus repetitæ prælectionis Codex derogat. n. 4.
Nec 50. Decisiones, à Justiniano sub consulatu Lampadij & Orestis latæ, Digestis & Institutionibus. n. 5. 6. 7. 8. & 9.

1. **N**OVELLAS * Imperatoris Justiniani Constitutiones derogare Digestis, Institutionibus & Codici; dubium habet nullum. §. his igitur 4. d. Codic. Justinian. emendand. §. 10. d. confirmat. Digest. ad omn.

ad omn. populum. §. 18. d. confirmat. Digest. ad Senat. ubi promittit Justinianus; quòd si in posterum melius inveniatur, & ad constitutionem sit redigendum, hoc se & constituturum esse & in aliam congregationem relaturum. Imò * ipsæ Novellæ, pro tempore, quo sunt scriptæ, sibi invicem derogare putantur.

Non * tamen Digestis derogant Institutiones: utrisq; enim idem, ex quo valere debent, præstitutus est dies. §. *hæc igitur 23. d. confirmat. Digest. ad omn. popul.* Et licet Institutiones compositione posteriores sint Pandectis; tamen iis nihil derogant: siquidem novitas legum non ex compositionis, sed promulgationis potius tempore æstimanda est. Francisc. d. Garzator. *in tract. d. conciliat. leg. per tot.* Bernhard Walter. 2. *miscellan. 16.* Ludolph. Hackelman. *illustr. & select. quæstion. disput. 1. th. 1. lit. C.*

Neque * etiam Digestis & Institutionibus derogat repetitæ prælectionis Codex: licet * enim novissimus Codex ratione promulgationis posterior Digestis & Institutionibus; tamen ratione dispositorum prior est. D. Besold. *in præcognit. miscellan. general. Pandectar. q. 10.*

Quin * nec quinquaginta Decisiones, à Justiniano sub Consulatu Lampadii & Orestis latas vel etiam post & repetitæ prælectionis Codici insertas, Digestis & Institutionibus derogare; intrepidè statuendum est. Nam * constitutio tempore prior jus posterius emendare non potest; sed quinquaginta hæc decisiones antè Pandectarum compositionem latæ fuere. Cujus * fundamentum ex §. *postea verò 1. in constit. Cordi est nobis d. emendat. Codic. Domin. Justinian.* luculentum desumitur, ubi ait Justinianus: se cùm vetus jus considerandum recepit, tam quinquaginta decisiones fecisse, quàm alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgasse, quibus maximus antiquarum legum articulus emendatus sit, omneque jus antiquum supervacuâ prolixitate liberum atque enucleatum in Institutionibus & Digestis redditum. Quod * Justinianus de illo jure antiquo, quod antè Pandectarum compositionem in veterum Jureconsultorum libris extabat, satis clarè exprimit; idcirco de jure in Digestis & Institutionibus relato intelligi non poterit. Francisc. d. Garzator. d. l. Hubert. Giphani. *in præfat. special. Codic. Erasmi Vngepaur, Exercit. 9. in corollar.* ubi prolixius hoc persequitur & contrariis satisfacit.

Controversia VIII.

Institutiones à Triboniano perfectà conscriptæ sunt methodo; Pandectæ verò tali, quæ potius ordo quidam indigitanda sit.

Summaria

Neoterici quidam Iustiniani Imperatoris & Triboniani methodum contem-
nunt. n. 1.

A quorum obscura diligentia cavendum est. n. 2.

Neotericorum quidam vetustiorum juris interpretum traditiones reji-
ciunt. n. 3.

Quo ipso jurisprudentiam in usu consistentem obscuriorem reddunt. n. 4.

Idque magno fit Iustinianeorum damno. n. 5. & 6.

Cujacii de Institutionum methodo judicium. n. 7. 8. 9. & 10.

Matthæi Wesenbecii, erronea sententia, n. 11.

Antonij Matthæi error. n. 12.

Iusti Mejeri sententia. n. 13.

Autoris sententia. n. 14. 15. 16. 17. & 18.

Cujacii judicium de Pandectarum methodo. n. 19.

Mejeri judicium. n. 20.

Francisci Duareni sententia. n. 21. & 22.

Autoris sententia. n. 23.

De Edicto perpetuo ejusq; autoribus. n. 24. 25. & 26.

Obiicitur. §. 4. in Constit. ad Antecessor. d. jur. docend. rat. n. 27.

Responsio. ad d. §. 4. n. 28.

In Pandectis non exacta & perfecta methodus est, sed prudentiæ ordo. n. 29.

30. 31. & 32.

Pandectarum methodus aliis novis & confictis præferenda est. n. 33. 34. & 35.

De Codicis methodo. n. 36.

De Novellarum methodo. n. 37.

1. **N**ON * pauci Neotericorum nostrorum operam & industriam Iustiniani Imperatoris & Triboniani in compositione juris voluminum carpentes, nec methodo eorum contenti, contrà mentem Imperatoris & intentionem novas sibi fingunt methodos, novas comminiscuntur tùm definitiones tùm divisiones; plerunq; tamen rem ipsam negligunt, aut satis sicco pede eam prætergre-
diuntur: à * quorum certè obscura diligentia cavendum est. *Vid. Anton. Matth. d. Stud jur. rect. instit. in disput. th. 3. & seqq.*
- 2.
3. Non * solùm autem Iustiniani negligunt methodum altoq; supercilio despiciunt; sed & vetustiorum juris interpretum, vesti-
giis

giis Justiniani insistentium, traditiones rejiciunt, & * eo ipso jurisprudentiam nostram, quæ tota practica est, & non in subtilibus speculationibus sed usu consistit, obscuram magis & difficilem quàm illustriorem reddunt.

Quo * cum fructu Justinianeorum ea fiant, experientia nos edocet: ut illi, dum se novitiæ huic & compendiariæ jurisprudentiæ totos dedidere, leges & ipsum textum neglectui habuere, interdum ne legem quidam allegare, nec titulum etiam absque indicis sub sidio quærere & invenire didicerint: ex * causa impri-
mis, quod neoterici hi juris Studiosos à veris Jurisprudentiæ nostræ fontibus avocatos socordia & ignavia illecebris manciparint.

Quod autem Institutionum Imperialium methodum concernit, ea nobis perfectissima & compositissima videtur, ita ut accuratissimus Cujacius lib. 11. *Observ.* 38. *circ. pr.* dicat: nitidissimum hunc libellum interprete non indigere, neq; comptiorem neque faciliorem ullum esse. In * quo omnia tali ordine & arte tantâ condita sint, quantam vix ullus hodie nobis conficere possit aut potuerit unquam. Definitionum * & divisionum vel partitionum elegantissimarum plena omnia, juris veteris à jure novo separatio perspicua, veteris sermone purissimo veteri, novi sermone Triboniani recenti, & in his singularia innumera, quæ vix in aliis nostris invenire liceat. Unde * etiam eidem Cujacio illorum videtur planè ignobile esse otium, qui libellum hunc longissimis onerant commentariis, quod positum in una cognitione in infinita dispertientes, quò sc. plura videantur scire ostentantione vanâ, quàm cæteris nil scire videantur.

Mirandum * igitur: quòd Matthæus Wesenbecius in §. 2. *Instit. d. testament. ordinad. n. 1.* neque materiam neque methodum in Institutionibus agnoscere velit. Quid enim in Institutionibus nostris pulchrius, quid utilius, quid perfectius, quid ad sublevandam Tyronis memoriam fortius; quàm præmissis proœmio, definitionibus Justitiæ & jurisprudentiæ, item principiis juris ejusque speciebus, prima juris elementa secundum tria objecta juris per definitiones & divisiones modo succinctori tractare & ad finem usq; continuare? Non * erat etiam ut Antonius Matthæus octodecim navis suis nitidissimum hunc libellum inquinaret: non enim de
natura

natura est jurisprudentiæ neque officio Jureconsulti conveniens, de minutiis istis vanis & inutilibus anxie perquirere, sed potius rem ipsam tractare.

13. Porro Justus Mejerus in *Præfat. Colleg. Argentorat.* ejus est sententiæ, posse Tyronem juris intra semestris temporis spacium per-
 14. noscere omne id, quod in Institutionum libris comprehensum est. Cui & nos adstipulamur lubentes, præsertim autem si succincti a-
 15. licujus juris interpretis, ut Wesenbecii vel Cujacii notæ earum le-
 ctioni jungantur. Quod * menti Imperatoris Justiniani
 convenire videtur: qui primo anno Tyrones juris Institutiones Im-
 periales & τὰ πρῶτα sive Pandectarum partem primam erudiri vo-
 luit. in *Constit. omnem ad Antecessor. §. nos verò.*

16. Quamvis * enim perfecta Institutionum cognitio intra hujus
 temporis spacium haberi vix possit; tamen fundamenta & princi-
 pia percipi haud difficile erit. Et si quid difficilius in iis occurrerit,
 quod captum tyronis superare & ideò ulteriori & perfectiori ex-
 plicatione indigere videatur, id postea, quando Pandectarum libri
 mox subsequantur, perfectius haberi & cognosci poterit.

17. Sit * igitur consilium nostrum: ne novus Justinianeus pro-
 lixis istis Institutionum commentariis involvat se & implicet, qui-
 bus eum ita confundi continget, ut postea difficile sit, eum ex deviis
 hisce & labyrintho hoc in rectam viam revocari & reduci.

18. Quod * etiam Justinianus in §. 2. *Instit. d. justit. & jur.* claris
 & planè ponderosis verbis indicat, dicens: Ita in expositione juri-
 um populi Romani videri posse tradi commodissimè: si primò levi
 ac simplici viâ, post deinde diligentissimâ atque exactissimâ sin-
 gula tradantur. Alioquin si statim & ab initio rudem adhuc &
 infirmum animum studiosi multitudinem ac varietate rerum onera-
 verimus duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus,
 aut cum magno labore, sæpè etiam cum diffidentia, quæ plerunq; ju-
 venes avertit, seridè ad id perducemus, ad quod leviori viâ duct⁹ sine
 magno labore & sine ulla diffidentia maturiùs perducì potuisset.

19. De * Pandectarum methodo nunc nonnihil dispiciamus,
 quas exactâ concinnatas esse methodo opinatur supradictus Cuja-
 cius, in *paratit. ff. mandat.* ubi inquit: coherere digestaque esse om-
 nia arte mirabili, nec tam ingenio Triboniani, quàm Juliani, Her-
 mogeniani, & veterum Prudentum, quorum ille vestigia secutus
 sit,

fit, & qui aliam desiderent vel comminiscantur methodum, nã quàm illi sint ineptissimi: nam neque quid ars sit sciant, neque artem Digestorum aut principia certa juris ulla perceperint unquam, suaves tamen ad ridendi materiam.

Justus Mejerus * *in d. præfat.* arbitratur: non alio fine Justinianum Juris scientissimum & prudentissimum Imperatorem isto, quo reliquit nobis Pandectas, modo composuisse, & paratitla tamen sive indices per titulorum subtilitatem parari concessisse, quàm ut ad eum quem urgemus laborem, omnes juris discipulos urgeret: ut ita multâ tractatione & versatione jus illud notius familiariusque evaderet discitentibus, qui aliàs artis beneficio confidentes, negligentius in eo cognoscendo versaturi fuissent.

Franciscus Duarenus * *libr. 1. disput. annivers. c. 55.* sentit: Tribonianum & cæteros juris Compilatores seriem Edicti perpetui fuisse secutos in Digestis, idque in causa fuisse, quò minùs exactiorem methodum servare potuerint. Unde * etiam idem Duarenus *in Pandect. c. 2. in fin.* ait: genera quidem ipsa non malè videri notasse Tribonianum, sed sub singulis libris rapsodiam quandam esse, carentem arte, quæ artificis ingenium ac periti operam industriamque desideret: quo in genere quosdam ex æqualibus operam multam posuerint. Verùm propter nonnullorum impudentiam ac stultitiam odiosam jam capisse artis appellationem in jure Civili, non minùs quàm Medicorum tempore Galeni.

Cujus * sanè sententiæ & nos sumus: quòd sc. Imperator Justinianus & Tribonianus ordinem Edicti perpetui potissimùm secuti fuerint. Cujus * Edicti Salvius Julianus autor est, qui Prætorum Edicta, quæ antè cum officio annua erant *t. t. instit. d. perpet. & temporal. action.* collegit & in unum volumen redegit. Et * hoc Edictum ex jussu Imperatoris Adriani & autoritate Senatus Romani jus perpetuũ & immutabile factum est, ut Prætores deinceps id in jure dicundo sequerentur. *l. 2. C. d. vet. jur. enucleand. l. si quis servum C. d. condict. indebit. Vid. Vultej. in prolegom. jurispr. Roman. præmiss. pag. 15.* Itaque * Tribonianus secutus exemplum Salvii Juliani, Servii Sulpitii, Auli Ofilii, Ulpiani, Pauli, Gaji, Scævola, cæterorumque qui ad Edicta hæc elegantissimos scripsere commentarios, ordinem illum retinuit, quæ eò pertinere videbantur locis suis aggregavit & disposuit, prout res passa fuit.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

1.  N* Etymon vocabuli Juris & Justitiæ studiosè inquirunt Jureconsulti nostri, in eo Stoicos secuti, qui originationes verborum anxie inquirere solebant: attestante Cicerone *libr. 1. offic.* Et
2. sanè * Jacobus Rævardus, *libr. 1. varior. c. 1. p. m.*
3. 484. Iacobus Curtius, *conjectur. c. 1. tom. 1.* & Treutlerus, *p. 1. disput. 1. thes. 1.* sicut * frequentius alii, jus à jubendo dici arbitrantur. Alciatus. *1. paradox. 29.* jus per metathasin vocat *Vis*: quòd quandam cogendi vim in se continere videatur. *arg. Nov.*
4. *30. c. 9 §. 1.* Scipio Gentilis * *in originat. Pandectar. pag. 267.* id à *Iove*, quem antiqui recto casu *Iovis* dixerint, omnis juris autore &
5. quasi patre, derivari autumat. Franciscus Becmannus * *d. orig. Latin. ling. lit. 1. pag. m. 418.* jus contractè quasi *Iovis os* (antiquè *Ious*) non in commodè dicit conjicit: quia omne jus & justitia à Deo tam Ethnicorum quàm Christianorum suffragiis proveniant.
6. Ad justitiæ verbum, quod attinet, unde illud descendat interpretes quoque inquirunt. Alciatus * *d. l.* putat: justitiam dici quasi *vim sistat*, per literarum metathasin, ut de jure diximus. Hotomannus verò *hinc ex* Isidoro Iustitiam dictam vult, quòd in ea jus sistatur vel consistat: quos refutavit Donellus *1. commentar. jur. Civil. 4.* Eademque * Marci Lyclamæ opinio esse videtur, *ult. membran. Eclog. 39. in pr. censentis: Iustitiam* videri appellatam quasi *Iustitua*: quòd ceu causa Architectonica jus statuerit, hancque priorem esse jure: cùm finis ferè semper soleat esse primus, ultimus in executione; proinde justitiam jure reverà digniorem atque adèò in ima cognitione ipsaque mente animi antiquiorem esse ait, ab hac etiam perfectionem jus habere.
8. Verùm enim verò * hæ & similes juris & justitiæ derivationes veræ etymologiæ non sunt, sed verborum solùm allusiones.
9. Ad * indagandam autem & inveniendam veram etymologiam sciendum, inter Grammaticam notationem, quæ verborum structuras sequitur, & Logicam notationem, quæ ipsarum rerum origines indagat, distinguere debere. Grammaticâ notatione jus videtur primum nomen esse, à nullo alio derivatum. A * jure autem deducitur justum, jubeo, jussum & justitia. Francisc. Becman. *d. l. pag. 418.* Wesenb. *in w. ff. h. t. n. 3.* Idèò * verò à jure jubeo deduci videtur: quòd jus facienda jubeat. Nam * jus est illa ipsa notitia,
12. cordibus

cordibus nostris divinitus infusa, dictans nobis quid bonum sit & rectum, & ad id sequendum Divino quasi stimulo nos adigit & urget. *Add. Anton. Merend. in controvers. jur. libr. 2. c. 1. per tot. imprimis n. 3. & seqq.* Et quod jus prius fuerit quàm existeret ullum jussum populi; docuit quoque Cujacius, *in comment. ff. ad h. t. ad l. 1. pag. m. 2.* Et ergò Grammaticè à jure denominatur justitia.

Verùm Logicâ notatione, quæ non vocis * sed rerum inquit naturam, à justitia jus descendit, ut tradidit Ulpianus. *in d. l. 1. pr. ff. h. t.* quod secundùm hanc notationem procul dubio ibi intelligit Ic. cùm res ipsas potiùs attendere soleant Prudentes, quàm Grammatistarum etymologias. Vera * enim Philosophia ut est jus nostrum in rebus ipsis consistit, quæ nervi hujus artis, non in verbis occupata est. Cujac. *d. l. Quod * Ulpiani pronunciatum in d. l. 1. Cicero apud D. Augustinum libr. 12. d. civitat. Dei c. 21.* confirmat, dicens: jus esse, quod de fonte Justitiæ manavit. Eoque * pertinet, quod post Dylum & Johannem Fabrum tradit Ernestus Cothmannus: *ad Codic. tit. 14. libr. 1. n. 6. & seqq.* Justitiam esse radicale principium totius juris & legalis scientiæ.

In * hoc autem Ulpianus *in d. l. 1.* Stoicos secutus est: qui sapientem à sapientia deducunt: quod prius sapientia deinde sapiens fuerit; hominem ab humanitate: quod hominis idea prior fuerit quàm homines, ut ita à forma omnis res nomen accipiat, non contrà forma à subjecto. Cujac. *ad d. l. 1. ff. h. t. pag. m. 2.* Pari quoque ratione à justitia jus deducitur: hæc enim causa proxima & formalis adeoq; ipsa directrix juris sive notitiæ illius Divinæ hominum cordibus infusæ verè dici potest. Rectè * igitur sentiunt illi qui statuunt, jus sive propriè videlicet pro præcepto, sive impropriè & relatè pro ipsa arte juris accipiat, justitiâ posterius esse. Quod * tamen verum, si in abstracto consideretur justitia, ut etiam definitur ab Ulpiano *in l. justitia 10. ff. h. t.* & Justiniano Imperatore, *in pr. h. t.* non si in concreto tanquam habitus, ut in homine esse solet, accipiat: notitia * enim habitu prior est. *Vid. Charond. 1.*

verisimil. 1. Donell. ad d. l. 1. c. 4. Lopez. in animad. jur. ci-

vil. c. 1. n. 1. & seqq. D. Martin. Rümelin. p. m.

in disput. ad Pandect. disput. 1. th. 2. Bachov.

in not. ad Treutl. p. 1. disput. 1. th. 1.

lit. D. p. 6.

Contro-

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

[21.]

- peratoris nomen mereant, ut dicitur in *Constit. omnem ad Antecessor. §. 1.* In * secundo verò anno Iuris studiosos ex Edicto Edictales appellari voluit Iustinianus, in * tertio à Papiniani IC. scriptis, quætractare debebant, Papinianistas, in * quarto *Δύτης*, quasi juris quæstionibus solvendis idoneos, Turneb. *libr. 8. adversar. c. 19.* & * in quinto anno *Προλύτης*, quasi absolutos. Dyonis. Gothofred. *ad §. 5. d. Constitut. omnem. ad Antecessor.*
9. Hoc * quinquennium si illo tempore visum fuerit necessarium juris studio absolvendo, certè hodiè multò magis necessarium erit: postquam * hodiè horrere spinis omnibus videntur omnia, quæcunque de jure ab antiquis prodita sunt, ut dicit Cujacius: *libr. 12. observat. ult.* atque * etiam jurisprudentiæ nostræ per jus Pontificium, feudale, Recessus Imperiales, consuetudines tam generales quàm speciales, variasque ac infinitas interpretum commentationes magna facta sit accessio. Hillig. in *Donell. enucleat. libr. 18. c. 3. lit. pp.* Unde * in illustri hac Tubingensi Academia quinquennium hoc omninò exigitur: ubi juris Candidati honores Doctoreos petentes sub jurisjurandi religione affirmare necesse habent, se in studio juris pertractando integrum quinquennium complevisse.
13. Advocatorum * quoque officium dignitas est, licet sine gradu: cum non nisi integræ famæ ad officium hoc admittatur. *l. 1. §. 9. ff. d. postuland.* Quorum * officium non minùs humano generi proficuum est, quàm si armis patriam defendant. *l. Advocati. 14. C. d. Advocat. divers. judicior.* Quare laudabile dicitur in *l. laudabile 4. C. d. Advocat. divers. judicium.*
16. Ex * quorum tamen consortio excludendi Rabulæ isti forenses, in jure nostro municipali Würtembergico *fol. 95.* Entemejer appellati, Von * einem verrüfften Aufschwicker des Mahmens / welcher sich im Dawren Krieg gebrauchen lassen: Besold. in *Thesaur. practic. verb. Advocaten pag. 22.* qui * lites miserorum foveant, pecuniis eos emungunt, causam verò eorum etiam bonam malè & inscitè agendo deperdunt. Sicut * & illi advocati nomine indigni reputantur, qui doctrinâ quidem pollent, moribus tamen & linguæ futilitate Rabulis istis peiores esse solent.
20. Et * ergò de jure Justiniano quinquennium juris tractandi & absolvendi æquè in advocatis ac Doctorib⁹, propter antè dictas causas,

fas, requiritur: quibus * non statim rudibus adhuc legum ad advocacy officium convolare concessum est, ut innuunt textus in l. jubemus 3. §. 4. & 5. l. petitiones 5. §. 4. & 5. C. d. advocat. divers. judicum.

Verum * secundum ordinationem supremæ Curiaë Würtembergicæ Advocatum tres vel quatuor annos juris studio invigilasse sufficit: cujus rei testimonium ut à præceptoribus suis habeat, necesse est, sicut traditur in der Fürstlichen Würtembergischen Hoffgerichts Ordnung. p. 1. tit. 4. in pr. Addat. Cujac. d. observat. ult. Præclariss. D. Wilhelm. Anton. fautor & amicus meus à prætex-tata ætate magni æstimandus. in absolutiss. tractat. d. rescript. morat. tit. 12. conclus. 71. n. 7. & 8. edit. nov. Francisc. Mar. decision. 791. Forster. in tractat. Justinian. libr. 1. disp. 1. th. 16.

Liber Primus.

De

JUSTITIA & JURE.

TITUL. I.

Controversia I.

Jus à Justitia dicitur.

Summaria.

- Stoici verborum originationes anxie inquirere solebant. n. 1.
 De varia vocabuli Iuris derivatione. n. 2. 3. 4. & 5.
 De verbi Iustitiæ derivatione. n. 6. & 7.
 Vocabuli Iuris & Iustitiæ derivationes relatæ rejiciuntur. n. 8.
 Distinguitur inter Logicam & Grammaticam notationem. n. 9. & 10.
 Jus primitivum nomen est. n. 11. & 12.
 Logicâ notatione à Iustitia Jus descendit. n. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.
 Quomodo hoc intelligendum sit, n. 21.
 Notitia habitu prior est. n. 22.

Quod & probat l. 2. ff. d. stat. homin. ubi fatentur Imperator Justinianus & Tribonianus: se ordinem Edicti perpetui servaturos esse.

27. Cui * tamen contradicere videtur §. 4. in Const. ad Antecess. d. jur. doc. rat. ubi inquit Iustinianus: Has omnes, quas dixerit definitiones in ultima parte Edicti fuisse positas, necessario eas in anteriorem locum transtulisse, ne à venditionibus, quarum quasi ministræ sint, vicinitate ulterius divagentur. Verum * respondendum hîc: licet seriem Edicti perpetui potissimum secutus fuerit Iustinianus; tamen non semper id fecit nec facere potuit, sed prout subjecta materia requisivit & res passa fuit. Proinde * non methodum exactam & perfectam in Digestis nostris animadvertere licet, sed talem quæ ordinis cujusdam nomine rectius indigitetur, quam alij ordinem prudentiæ appellant. Neque * etiam justa & absoluta methodus in tam magno opere ubiq; exquirenda nimis, nec ideo minoris jus nostrum æstimandum. Est * in titulis series quædam continuata, ut alius ex alio necti videatur: est ubique ars vel artis simulacrum: est ordo prudentiæ, si non ordo methodi. Besold. ad l. 1. ff. d. Instit. & jur.

32. Non * tamen ideo aliorum excogitatae methodi huic præferendæ erunt: siquidem rem ipsam potius attendere voluit Justinianus, quàm scrupulosis istis methodicorum regulis in jurisprudentia nostra nimium indulgere: quorum * industria non tanti facienda est, ut non plura peccasse eos quàm Tribonianum (si quid ab eo peccatum) æstimandum sit. Duaren. d. l. D. Harppr. in prolegom. Instit. n. 36. tom. 1. D. Martin. Rümelin. in præfat. ad part. 1. Pandect. Hackelman. illustr. quest. ad pandect. disput. 1. thes. 2. Valent. Guilhelm. Forster. in tract. Justin. lib. 1. disput. 1. thes. 24.

34. Proinde * laudabilem ac planè fructuosam operam præstitisse Wessenbecium, in concinnandis paratitlis suis Triboniani methodum sequendo; nemo erit qui non concedet: quam * methodum si & Johannes Althusius in Dicæologia sua retinisset & fuisset secutus; liber certè iste pro incomparabili meritò habendus esset.

36. Cæterum * in compositione Codicis eum ordinem servârunt Compilatores juris nostri, quo Rescripta Imperatorum collocantur, scilicet quo ordine ipsi Imperatores imperârunt.

37. Novellæ * verò Constitutiones, quo quæq; anno promulgatae,

gata; ita ferè eodem tempore & loco composita sunt. Forster. d. disput. 1. thes. 24. in explicat.

Controversia I X.

In Studio Juris tractando & absolvendo ex Justiniani Constitutione quinquennium requiritur.

Summaria.

Antè Justiniani Constitutionem studio Juris absolvendo quadriennium præfinitum erat. n. 1.

Hodiè quinquennium. n. 2.

Primo anno tyrones juris ex Justiniani Constitutione Justiniani vocantur. n. 3. & 4.

In secundo anno Edictales. n. 5.

In tertio anno Papinianistæ. n. 6.

In quarto anno λήπυ. n. 5.

In quinto anno περ λήπυ. n. 8.

Hoc quinquennium hodiè necessarium est. n. 9. 10. & 11.

Et in illustri Tubingensi Academia à Juris Candidatis sub Iurisjurandi religione exigitur n. 12.

Advocatorum officium dignitas est sine gradu. n. 13.

De officio eorum. n. 14. & 15.

Ex quorum consortio Rabulæ forenses excludendi. n. 16.

Vnde *Entemejer* in Iure nostro Wirtembergico dicantur. n. 17.

De Rabularum forensium pravis moribus n. 18. & 19.

De Iure Justiniano quinquennium hoc in Advocatis quoque requiritur. n. 20. & 21.

Secundùm ordinationem supremæ Curiaë Würtembergicæ in Advocatores vel quatuor anni sufficiunt. n. 22.

ANtè * Constitutionem Imperatoris Justiniani studio juris pertractando & absolvendo quadriennium præfinitum erat, nec antè quis in Advocatorum numerum recipiebatur, nisi probare posset, se tanti temporis spacium legum studio impendisse. Quod * quinquennium Justinianus postea ad quinquennium prodixit. Et * primo quidem anno tyrones juris, qui antè per contemptum Dupondii dicebantur, à ruditate sc. sic dicti quàm adferebant, novos Justinianeos appellari censuit: ut * hi qui legitimæ scientiæ adspirent & scita prioris anni accipere maluerint, Im-

1.

2.

3.

4.

Controversia I I.

Justitia in abstracto definitur.

Summaria.

Definitio Iustitiæ. n. 1.

In definitione Iustitiæ per verba *constans & perpetua voluntas* habitus voluntatis denotatur. n. 2.

Post lapsum homo nec virtutes morales perfectè habere potest. n. 3. & 4.

Quælibet definitio essentiam rei exprimere debet. n. 5.

Iustitia in concreto considerari potest. n. 6.

Definitur iustitia qualis essentia suâ est. n. 7.

Quod exemplis declaratur. n. 8.

1. **D**efinitur * iustitia ab Ulpiano Ic. in l. Iustitia 10. ff. h. t. & Justiniano Imperatore in pr. h. t. quod sit *constans & perpetua voluntas, jus suum cuiq; tribuendi*. In * qua definitione per verba *constans & perpetua voluntas* habitus voluntatis significatur: non enim sufficit ad iustitiam, ut iustus dici quis possit, unum atque alterum iustitiæ actum exercere vel exercuisse; sed hoc perpetuò facere quis & constanter, firmumq; id faciendi propositum habere debet, si iusti nomen merere velit.

3. Verùm * cùm per lapsum & peccatum originis natura hominis ita corrupta sit & depravata, ut homo nec virtutes morales perfectè habere possit, adeò quidem ut Cicero libr. 3. offic. dicat: veri * juris Germanæq; iustitiæ solidam & expressam imaginem nos nullam tenere, sed umbrâ & imaginibus nos uti; idcirco definitio iustitiæ non in concreto sed abstracto accipienda erit: cùm quælibet definitio essentiam rei exprimere debeat.

6. Quapropter, licet * in concreto etiam considerari possit iustitia; tamen definitur hîc qualis essentia suâ est, non ad conditionem subjecti cui inest iustitia: hoc est, * non ut peculiariter inest homini, sed ut inesse debet. Quod Aristoteli familiare esse, ex Flaminio 1. d. felicit. 14. notat Bachovius, ad Treutler. p. 1. disput. 1. thes. 1. lit. B. pag. 2. ubi exemplis id declarat, dicens: ita * ab Aristotele felicitatem definiri, à Platone Rempublicam, à Xenophonte Principem, à Cicerone oratorem, ab Onofandro ducem, à Castilione & Torquato Tasso & aliis politicis aulicum & legatum describi, & à Stoicis virum bonum, quem tamen vix quingentis annis ut Phœnicem

nicem semel apparere. Add. Bald. ad d. l. 10. ff. b. t. & Coras. ibidem.
Wesenbec. & D. Harppr. ad pr. b. t. n. 37. & 38. tom. 1. Everhard.
Bronch. ἐναρπάζων. cent. 1. assert. 2. Hillig. in Donell. enucleat. libr.
2. c. 1. lit. C.

Controversia III.

Definitio Iustitiæ non de Divina sed humana intelligenda est.

Summaria.

- Definitio Iustitiæ ineptè de Divina intelligitur. n. 1. 2. & 3.
In Iure nostro non agitur de spirituali Iustitia, sed de externa, civili & po-
litica. n. 4.
Cogitationis pœnam nemo patitur. n. 5.
Quod de externa & politica Iustitia intelligendum. n. 6. & 7.
Sententia nostra communis est. n. 8.
Contraria argumenta refutantur. n. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. & 17.

Definitionem iustitiæ * quidam interpretum de Divina ju-
stitia intelligendam esse volunt; quàm ineptè autem ita intel-
ligatur, solida * nobis hæc suggerit ratio: quòd propositum
fuerit Imperatori Justiniano, politicum & legale componere opus,
itaque legaliter quoq; eum definire voluisse iustitiam, omninò pro-
babile est: confudisset * aliàs Justinianus Theologiam cum jurispru-
dentia nostra, quod minimè præsumendum. Idcirco non * agitur in
jure nostro de iustitia Divina sive spirituali, quæ nos coram Deo
justos & vitæ æternæ hæredes facit, quam Evangelii doctrina in-
tuetur; sed de externa quadam & civili sive politica iustitia, quæ
ad formandos in hac vita politicos mores pertinet, & exteriorem
quandam honestatem exigit, ut in tuto sit Reipublicæ tranquil-
litas.

Unde etiam in l. cogitationis 18. ff. d. pœn. dicitur: * cogitationis
pœnam neminem pati. Quod juxta Divinam iustitiam intelligi
non poterit: : cum hæc prava * solum & mala concupiscentes æ-
ternæ damnationis reos facit & damnat etiam, nisi à Deo per meritum
Christi Salvatoris nostri & veram subsequutam pœnitentiam pecca-
torum remissio impetretur. Matth. 5. versic. 27. Quæ * sanè iusti-

tia nullâ hominis operâ contingit, sed ex solius Dei gratia provenit. 1. *ad Roman. v. 17. 2. v. 22. 23. & 24. s. v. 1.*

8. Quæ * est communis interpretum opinio, quam frustra impugnare conatur Erasmus Ungepaur, *Exercit. 1. q. 10.* sentiens: tam Divinam quàm humanam justitiam ab Imperatore Justiniano & Ulpiano *in dd. ll.* definiri. 1. Quòd justitia ab Imperatore Justiniano definita originaliter sit à Deo. Verùm * negatur consequentia: non enim sequitur, Justitia est à Deo, ergò Divina hîc definitur justitia, vel definiri debet. Sicut * namque omne bonum est ab ipso Deo, sic etiam civilis & politica Justitia, quæ proximè ad Divinam accedit justitiam. Non tamen est ipsa Divina Justitia, qualis illa est vel ratione esse sui infiniti & perfecti, vel quatenus est imputativa credentibus per meritum Christi, sicut ex antedictis colligi porest. Ita * etiam jura naturalia *in §. 11. Instit. d. Iur. natur. Gent. & Civil.* Divinâ quâdam providentiâ constituta dicuntur: nec tamen sunt jura Divina neq; tanquam Divina definiuntur, vel definiri debent, licet originaliter à Deo sint introducta, & suo sensu Divina dici queant.

12. Altera * Ungepauri ratio est: quòd in jure nostro de rebus Divinis agatur, non solum quatenus de illis jus dici potest, verùm etiam quatenus Divinæ, Religiosæ & Sacræ sunt. Sed * negatur & hoc Ungepauero: rectè enim affirmant Doctores: de Divinis rebus agi in jure nostro non quatenus Divinæ, sed quatenus in Republica existunt, ad politicum ordinantur finem & de iis jus dicitur. Aliàs verò earum tractatio ad Theologiam propriè pertinet. Sic in Ethicis quoque de particulari agitur Justitia, quòd magnam cum universali cognationem habeat, ab ea dependeat & quasi generata videatur, quæ tamen juri nostro magis propria, *ut in controuv. seq. dicemus.*

14. Illud * verò valdè absonum: tam Divinam Justitiam quàm humanam ab Imperatore Justiniano definiri: hæc enim notoria est jurisprudentiæ cum Theologia confusio. Quamvis * enim definiatur Jurisprudentia *in l. Instituta 10. §. 2. ff. h. h. t. & in §. 1. h. r.* Divinarum atque humanarum rerum notitia, justî atque injusti scientia: tamen sciendum, aliam Justitiæ, aliam Jurisprudentiæ esse definitionem. * Et deinde sub Jurisprudentiæ definitione præter humanas res continentur quoque Divinæ, tanquam materia circa quam,

quam, sive objectum juris & jurisprudentiæ, non quatenus Divinæ sed quatenus de iis jus dicitur, ut antè diximus.

Reliqua * quæ contra Doctores & eorum immota fundamenta in medium adducit Ungepaar, quoniam tanti momenti non sunt, studiosè præterimus. Eandemque sententiam nostram tuentur Bartol. ad d. l. 10. Schneidevvin. *hic in pr. ubi Wesenbec. in not. n. 1. & in w. ff. h. t. n. 5. versic. tertius ordo.* Donell. libr. 2. comment. c. 1. ibiq³. Hillig. in not. ad lit. C. Treutl. p. 1. disput. 1. th. 1. lit. h. & ibi Bachov. pag. 3. Matthæac. d. via jur. libr. 1. c. 15. Anton. Fab. libr. 1. jurisprudent. Papinian. p. 1. pr. 4. D. Harppr. *hic in pr. n. 40. tom. 1.* Timæ. Fab. ad Instit. disput. 1. th. 3. Dominic. Arumæ. Exercit. 1. ad Instit. th. 9. Forst. *hic th. 18.*

17.

Controversia III.

Definitio justitiæ de particulari non universali exaudienda.

Summaria.

- Philosophi vulgò dividunt justitiam in universalem & particularem. n. 1.
 Matthæus Welenbecius pro triplici hominis respectu triplicem facit universalem justitiam. n. 2.
 Prima quæ sit. n. 3.
 Secunda. n. 4.
 Tertia quæ sit. n. 5.
 Prima & secunda species justitiæ universalis hîc non definiuntur & quare. n. 6. & 7.
 Quid præstet universalis justitia. n. 8.
 An sit species virtutis. n. 9.
 Quæ tertia sit species justitiæ universalis. n. 10. 11. & 12.
 Particularis Iustitia ab universali descendit. n. 13.
 Unde particularis dicatur. n. 14.
 Particularis justitiæ definitio, ab Vlpiano & Iustiniano Imperatore tradita, omnium perfectissima est. n. 15.
 Quam Philosophorum præcipui & communis Icc. Schola de particulari intelligunt. n. 16.
 Differentia inter particularem justitiam & universalem. n. 17. 18. 19. 20. & 21.
 Particularis Iustitia ab Vlpiano & Iustiniano Imperatore definitur. n. 22.

Vulgò * a Philosophis dividitur justitia in universalem & particularem, Aristot. *Ethic libr. 5. c. 1. & 2.* Picolomin. d. virtut. moral. q. 4. c. 30.

1.

2. Universalem * Justitiam Matthæus Wesenbecius in *æ. ff. h. t.*
n. 3. pro triplici hominis ordine atque respectu triplicem facit.
3. Primam * constituit hominis ergò Deum, cui ut conditori & Do-
 mino cultum ac obedientiam ex toto corde & totis viribus debeat,
 quam justitiam ut Divinam & Theologicam tradat Ecclesiæ do-
 4. ctrina, quæ hunc ordinem solùm intueatur. Alteram * justitiam
 universalem facit Wesenbecius hominis ergà se ipsum, qui in hoc
 maximè laborare debeat, ut quoniam ex variis ac dissitis partibus
 constet, operam det, quo motus & facultates inferiores, expertes
 5. iudicii ac rationis, rectæ rationi subiciat & attemperet, quæ justitia
 bonum virum quidem efficiat, non tamen bonum civem.
6. Tertia * Justitia universalis secundùm Wesenbecium *d. l.* est po-
 litica magis quàm Ethica: ubi homo tanquam civili vitæ natus
 ad leges, ad Magistratus, ad concives, ad suos, ad omnes denique
 Reipublicæ partes tanquam civis & homo politicus aptus redda-
 tur, ut harmoniam consociationis civilis suo quasi concentu & at-
 temperatione juvet ac perficiat.
7. De * prima Justitia universali jam non quærimus: quòd enim
 hæc tanquam Divina à Justiniano non definiatur, in præceden-
 tis controversiæ resolutione stabilivimus. Altera * justitia uni-
 8. versalis est purè Ethica: quâ acceptione consideratur non relatio-
 ne ad alias factâ, sed ad ipsum subjectum, cui inest illa justitia: se-
 cundùm quam justus communiter dici potest, qui legi & juri con-
 9. gruenter vivit. Nam * Justitia universalis facit ut omnia fiant se-
 cundùm jura & leges; jus tamen suum cuique non tribuit, quod ad
 solam particularem spectat Justitiam, nec competit universali,
 nisi quatenus particularem certâ ratione inclusam habet. Quâ ta-
 10. men * consideratione non est species quædam virtutis, sed ipsa to-
 ta & consummata virtus, quæ omnes virtutes sub se complectitur,
 juxtâ illud Theognidis: *Iustitia in sese virtutes continet omnes.*
11. Tertia * Justitia universalis, quæ Wesenbecio politica magis di-
 citur, est: quam maximè politici intuentur, leges & Magistrat⁹ atq;
 omnes illi, qui ad societatis humanæ & civilis vitæ cultum homi-
 nem natum esse volunt, summumque bonum in beato Reipublicæ
 statum positum esse arbitrantur. Quâ * sanè acceptione non con-
 sideratur justitia ratione subjecti solùm sive possessoris, sed etiam
 tertii, videlicet relatione ad alios factâ: quatenus secundùm eam
 homo

homo ut politicus & civili prudentiâ præditus in universali jus suum cuique tribuit. Quatenus * sc. is qui tali præditus est justitiâ, pro necessitate Reipublicæ & utilitate leges ferre easque abrogare, Magistratus constituere, cives regere, eos in concordia conservare & omnia ea facere, quæ ad hanc rem imprimis autem ad salutem populi pertinere videntur, noverit, velit, faciat & in effectum deducat.

Particularis * Iustitia ab universali descendit & velut nascitur, inde sic dicta: quod * in particularibus consistat & magis ad speciem accedat. Ernest. Cothman. *ad tit. 14. d. LL. libr. 1. Codic. n. 31.* Cujus * definitio neque ab Aristotele traditur neque ab alio Philosopho perfectior hæc nostrâ: quam ideò non solum ex Philosophis præcipui retinendam esse censent, sed * etiam communis Icc. Schola de particulari accipit & intelligit. Conrad. Hornej. *in Philosoph. morali libr. 3. c. 11. v. 12. & seqq.*

In cuius * definitione verba illa, *jus suum cuique tribuendi*, accurratè consideranda erunt, quibus indicatur: Iustitiam hanc in particulari & in specie jus suum cuique tribuere. Iisdemque * verbis segregatur justitia particularis ab universali: hæc enim nemini tribuit jus suum, nisi hætenus ut particularis ei inclusa est. Et * deinde universalis universim in omni actionum & virtutum genere, particularis verò speciatim in commutationibus, præmiorum ac poenarum distributionibus cuique jus suum tribuit. Universalis * etiam Iustitia quam Wesenbecius politicam dicit, ratione sc. applicationis, legum præcipuè promovetur autoritate, particularis verò æqualitate, nec tam τὸ νόμιμον quàm τὸ ἴσον δίκαιον spectat.

Quocircà * licet particularis justitiâ in hoc conveniat cum universali, quam politicam dicit Wesenbecius, quod utraque respectum inclusum habeat ad aliud; tamen differunt inter se tanquam pars & totum: ideoque * de universali tractare Philosophi munus est, de particulari verò Iureconsulti. Unde concludi potest: ab * Imperatore Iustiniano & Ulpiano, *dd. ll. non universalem justitiam sed particularem definiri.* D. Thom. 2. q. 58. artic. 7. Aristotel. *Ethic. l. 5. c. 2. & 5.* Soto *lib. 3. q. 2. art. 1.* Valent. p. 1. Conrad. Hornej. *d. l. Cujac. ad d. l. 10. p. 55. lit. D. & E.* Donell. 2. comment. c. 1. Anton. Cont. 2. subsec. lect. 7. Matth. Wesenbec *in w. d. l. n. 12.* D. Harppr.

hic n. 10. & seqq. tom. 1. Treutl. p. 1. disput. 1. th. 1. lit. C. Arum. Exercit. 1. th. 5. Forster. disput. 1. th. 21.

Controversia V.

In definitione justitiæ non tribuens sed tribuendi legendum est.

Summaria.

Interpretum quidam in legibus explicandis minutias istas, ad Ludimagistros spectantes, attendere solent. n. 1.

Qui modus legum explicandarum à juris ratione & more veterum Icc. alienus est. n. 2.

Prudentes non dialectizant in verbis, sed exitus rerum ponderant. n. 3.

Definitio justitiæ. n. 4.

Magis conveniens definitioni justitiæ, si in ea legatur tribuendi, quam si tribuens. n. 5. 6. 7. & 8.

Sententia nostra communiter comprobatur. n. 9.

1. Quidam * Interpretum in legibus explicandis minutias istas, quæ ad Ludimagistros spectare videntur & ideò ad scholas ablegandæ, attendere solent, in eo subtilitatem quærentes & ingenii sui acumen ostentare satagentes. Qui * modus legum explicandarum à juris ratione & more veterum Icc. prorsus alienus est: siquidem * Prudentes non dialectizant in verbis, sed exitus rerum ponderant. Cagnol. *ad l. 1. §. 1. n. 19. ff. si quis jus dic. non obtemper.* D. Reinking. *d. retract. consanguin. q. 1. n. 64.*

2. Ut verò nos aliquid in eo quod quidem per se planum est, ab aliis tamen controversum factum, attingamus: definitur * justitia *constans & perpetua voluntas, jus suum cuiq; tribuendi*. Cui * definitioni magis conveniens esse videtur, si legatur *tribuendi* quam si *tribuens*: ut habitus & voluntas potius spectentur, quam ipse actus. 3. Etenim * in definitione hac per verba *constans & perpetua voluntas* habitus voluntatis significatur; habitus autem non denotat ipsum actum, quem denotat vocula *tribuens*. Unde * qui justitiam colit non continuo ipso actu cuique tribuit suum, sed quotiens datur occasio. Sic * & Geometra dicitur, qui artem hanc callet, licet non semper metiatur.

4. Quam * sententiam nostram Pandectæ Florentinæ & tam Icc. quam Philosophorum communis Schola comprobârunt. D. Thom.

Thom. 22. q. 58. artic. 7. Dominic. Soto libr. 3. q. 2. artic. 1. Anton. Fab. in rational. ad d. l. 10. ff. h. t. lit. C. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 2. c. 1. lit. D. D. Harppr. ad pr. h. t. n. 58. & seqq. Wesenbec. ibid. Matth. Stephan. d. princip. jur. c. 3. n. 7. Forster. ad d. pr. th. 20.

Controversia V I.

Jus à Jurisprudencia differt nonnihil.

Summaria.

Definitio Juris. n. 1.

Quomodo ea intelligenda sit. n. 2. & 3.

Quid ars hoc loco denotet. n. 4. 5. & 6.

Quid bonum in definitione juris significet. n. 7.

De bono naturali, civili & Gentium. n. 8.

Quid æquum sit. n. 9.

Bonum & æquum nec confundi, nec disjungi debent. n. 10. 11. & 12.

Quod in executione & applicatione legis observandum est. n. 13.

Jurisprudentiæ definitio. n. 14.

In Jurisprudentiæ definitione quid per *res Divinas* & *humanas* denotetur. n. 15.

Diversa sententia. n. 16.

Quæ refutatur. n. 17. 18. & 19.

Quid verba ista in definitione jurisprudentiæ *justi atq; injusti scientia* denotent. n. 20.

Jus & Jurisprudencia realiter non differunt. n. 21. 22. & 23.

Quomodo differant inter se. n. 24. 25. 26. 27. & 28.

Jus notitiam & scientiam esse non concretivè, sed abstractivè intelligendum est. n. 29.

JUS * secundum Celsum Ic. definit Ulpianus in *l. 1. pr. ff. h. t.* quod sit ars æqui ac boni. Quæ definitio sic intelligenda: quod * sc. jus sit collectio quædam præceptionum, ad bonum & æquum tendentium. Francisc. Duaren. *ff. h. t.* Vel * quod sit collectio & comprehensio præceptorum æqui ac boni rectè ordinatorum. Cujac. in *not. posthum. ad instit. h. t.* Unde * ars hoc loco nihil aliud esse videtur quàm scientia, notitia, vel studium. Ulpianus enim * in §. *seq. 1.* statim subjicit huic definitioni: *cujus (intellige juris) meritò quis nos sacerdotes appellet: justitiam namque colimus & boni & æqui notitiam profitemur.* Et * in §. 2. *d. l. 1.* dicit idem Ulpianus: *hujus studii scilicet juris, duæ sunt positiones, publicum & privatum.* Cujac. *ad d. l. 1.* Bonum * autem hoc est collectio præceptorum vel Naturalium, vel Gentium, vel Civilium. Bonum naturale

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8. naturale * est quod naturæ ejusque conservationi servit : * Civile, quod Civitati utile: Gentium, quod gentibus necessarium.
9. Æquum * quod hîc concretum ab æquitate tanquam abstracto fluit: quæ est justa rerum moderatio, & æqualitatis quædam conservatio. l. tantum 20. ff. d. re judicat. Johann. Coras. in miscellan. jur. c. 18. n. 2. & seqq. & in libell. d. art. jur. c. 15. per tot.
10. Porro * bonum & æquum sicut non confundi ita nec disjungi debent: sicut * enim justitia sine pietate crudelitas est; ita æquitas sine bonitate sævitia. D. Petr. Chrysogon. sermon. 145. Sed * & omne bonum aliquod æquitatis temperamentum admixtum habere debet, cæteroquin lex irrationalis esse videretur: quod * in primis in applicatione & executione legis propter varias, quæ in factis occurrere solent circumstantias, observandum erit.
11. Jurisprudentiam * definit Ulpianus in l. 10. §. 2. ff. h. t. & Imperator Justinianus: in §. 1. h. t. quod sit Divinarum atque humanarum rerum notitia: justis atque injustis scientia. In * qua definitione per res divinas & humanas jus publicum & privatum intelligit D. Harpprechtus in pr. h. t. n. 3. tom. 1. & Matthias Stephani. d. art.
12. jur. c. 2. D. * Besoldus ad l. 10. n. 20. ff. h. t. verò secutus Petr. Perrenon. animadvers. c. 24. huic contradicit: quia jus Divinum tantum species sit juris publici, ideoque rerum Divinarum mentionem fieri dicit, intuitu juris Sacri.
13. Quo * tamen non obstante horum verborum à D. Harpprechto & Stephano traditus intellectus salvari potest. Licet enim res Divinæ ad jus Sacrum restringerentur; tamen per res humanas reliqua juris publici, sicut ea quæ privati sunt juris, intelligi possent.
14. Et * possent etiam haud in scitè ad Sacrorum exemplum reliqua quæ publici sunt sunt juris & respectu juris privati quodammodo Divina ad res Divinas referri: quippe * in jure Publico præter Sacrorum & Sacerdotum jura de Magistratibus quoque agitur, quorum officium & ordinatio Divina.
15. Verbis * autem istis, in definitione jurisprudentiæ positis, justis atq; injustis scientia, differentia specifica tradi videtur: quod eatenus tractentur in jure nostro res Divinæ & humanæ, quatenus in iis quid justum quid injustum quæritur, & hâc ratione ab aliis artibus, in quibus haud agitur de justo & injusto, segregatur.
16. Verum ut delibatis utcunque juris & jurisprudentiæ definitionibus

tionibus ad scopum veniamus: jus * & jurisprudentia licet definitionibus differre videantur; realiter tamen non differunt; sed definitio juris jurisprudentiæ, & rursus jurisprudentiæ definitio juris definitioni applicari invicem posse videntur. Namque * una definitio per alteram explicatior & dilucidior redditur. Jus est ars æqui ac boni, ut definitum est: sed non additur in definitione quarum rerum: quod exprimitur in jurisprudentiæ definitione: scilicet, quod sit ars æqui ac boni, quæ versetur circa res tam Divinas quàm humanas, quæ tam publici sint juris quàm privati. In * jurisprudentiæ quoque definitione tractatur de Divinis & humanis rebus, sed quomodo, hoc indicatur tam in eadem jurisprudentiæ definitione istis verbis: *justi atq; injusti scientia*, quàm exprimitur in juris definitione: quod videlicet de iis tractetur ex arte æqui ac boni: quodnam autem illud sit antè attigimus.

Et * ergò conveniunt jus & jurisprudentia: & sicut jurisprudentia est Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atq; injusti scientia; ita etiam jus talis notitia est & scientia. Differt * tamen alterum ab altero: quod jus sit ipsa ars juris; jurisprudentia verò cognitio illius artis. Quemadmodum * enim jurisprudentis sive jurisperitus is dicitur, qui notitiam juris habet; ita etiam jurisprudentia cognitio illius artis rectè dicitur. Proinde * jurisprudentia est habitus intellectus sive animi intelligentis, sicut justitia habitus voluntatis: jus * enim est abstractum, jurisprudentia verò concretum: siquidem illud abstrahitur à subjecto, ista verò ei inest, scilicet menti hominis inhæret. Cujac. *ad d. l. 1. pag. m. 3.* Quanta * igitur est differentia inter Philosophiam & sapientiam; tanta etiam est differentia inter jus & jurisprudentiam. Tametsi * verò jus quoque notitiam & scientiam esse dixerimus; tamen hoc non concretivè sed abstractivè intelligendum est. Add Francisc. Duaren. *ff. ad h. t. c. 2.* D. Bocer. *hic in comment. n. 1. & class. 1. disput. 1. th. 5.* Ungepaur. *Exercit. 1. q. 12.*

Controversia VII.

Æquitas stricto juri præferenda est.

Summaria.

Præsens controversia inter omnes alias primas tenet. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Varia æquitatis definitiones & descriptiones referuntur. n. 7. 8. 9. 10. 11. 12.

13. 14. & 15.

E

Effectus

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

Effectus æquitatis. n. 16.

Quid jus strictum sit. n. 17.

Ars juris in hoc consistit, ut sciatur ubi illud æquitatis temperamentum adhibendum sit. n. 18. & 19.

Æquitas tùm in interpretando tùm in judicando rigido juri præferenda est. n. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. & 27.

Potissimum spectari debet Æquitas, ubi scripti & voluntatis, aut successio- nis est quæstio. n. 28. & 29.

Objicitur. l. prospexit 12. ff. qui & à quibus manum. §. 1. n. 30.

Objicitur etiam. l. inter ceteras 26. §. non omnia 6. ff. mandat. n. 31.

Omnis difficultas distinguendo inter æquitatem scriptam & non scriptam, item inter rigorem scriptum & non scriptum, tolli potest. n. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. & 42.

In dubio æquitas rigori præferenda est. n. 43. & 44.

Declaratio distinctionum traditarum, ubi de cerebrina & capitosa æquitate. n. 45. 46. 47. 48. & 49.

Lege vel statuto Provinciali clementiores & æquiores nos esse minimè decet. n. 50. & 51.

Simulata æquitas duplex iniquitas esse solet. n. 52.

Tunc demum ad æquitatem decurrendum, ubi scripto jure destituimur. n. 53.

Specialis juris rigor certas æquitatis causas in suo genere habet. n. 54. & 55.

Quod exemplis declaratur. n. 56. & 57.

Differentiæ tamen inter utrumque est ratio. n. 58. & 59.

In stricto jure bonum æquo propter Reipublicæ utilitatem præponde- rat. n. 60.

Judex æquitatem scriptam & rigorem scriptum abrogandi potestatem non habet, quam Princeps sibi vindicat. n. 61.

Intellectus l. 1. C. d. Legibus & constit. Princip. à Salyceto traditus. n. 62.

In casu dubio, ubi non constat an is in lege comprehendatur, Princeps quoque adeundus est. n. 63.

Quod in Gallia observatur. n. 64.

Sepositâ legis mente de nudis verbis contendere inanis & fumea quædam est subtilitas. n. 65.

Duplex Duareni error. n. 66. 67. & 68.

Primus refutatur. n. 69. & 70.

Duarenius sibi contrarius est. n. 71. 72. & 73.

Alter Duareni error, negantis & rejicientis scriptam æquitatem, refutatur. n. 74. 75. 76. 77. 78. & 79.

Donelli error circa æquitatem scriptam ostenditur. n. 80.

1. **C**ontroversia * hæc inter omnes juris controversias principem
2. **t**enet locum, quæ * quasi clavis omnium aliarum meritò di-
3. **c**i posse videtur : cujus * decisionis medio ad abdita Sacræ The-
4. **m**idis Sacra penetrandi faciliior patebit aditus : quippe * quæ se per
5. **t**otum & universum jus diffundit. Nulla * enim occurrere po-
test

test vel quæstio vel casus, tam in Scholis quam in foro, ubi ea non concurrere videtur. Idcirco * tum dignitas tum necessitas argumenti hujus nobis extorsere ea, quæ contra propositi nostri rationem in eo enodando & enucleando prolixius paulò in medium protulimus.

Et fanè æquitatis tum definitiones tum descriptiores varii varias tradidere, quarum nonnullas referre hîc volumus. Divo * Cypriano, ut refert Archididacus in *pr. Decret. §. jus naturale* & post eum Salycetus, *ad l. 1. C. d. LL. æquitas est justitia, misericordiâ dulcorata*. Speculatori * verò in *tit. d. LL. verb. æquitas* definitionem D. Cypriani aliter referenti, motus rationalis dicitur, regens misericordiam & rigorem. Aristoteles * *libr. 5. Ethic. c. 10.* eam ita descripsit: quodd sit correctio juris legibus expressi, deficientis in certo casu, quem ipse legislator, si præsens fuisset, addidisset. Cicero-
ni * *libr. 1. Rhetoric.* æquitas cum causa justitiæ convenientia est, in paribus causis paria jura desiderans. Dicitur * etiam quædam temperatio juris, in *l. 18. ff. d. adilit. Edict.* juris moderatrix, quæ admirabile quoddam sit temperamentum, quod ex perfecta ratione omnia moderetur. Hinc * etiam medium quoddam inter rigorem & dispensationem sive misericordiam esse dicitur æquitas, justitia dulcore misericordiæ temperata: * Regula Lesbia, Regina juris & optimus legum justitiæq; clypeus, theriaca contra venenum, rectitudo judicii, naturalem sequens rationem: murus semiramidis, omnia benè æquiparans, laxamentum legis, ut ea à D. Wilhelmo Antonii in *tract. d. rescript. morat. tit. 7. conclus. 18. n. 9. post Dd. à se allegatos* præclare indigitatur. Porro * Corasius *miscellan. jur. civil. lib. 2. c. 18.* definit æquitatem constantiam animi, ac perfectam quandam rationem & naturam, quæ admirabili temperamento omnia moderetur. Succinctius * verò statim in *seqq.* definit eam: quodd sit justa rerum moderatio, & æqualitatis quædam conservatio.

Cujus * effectus esse dicit Salycetus *ad l. 1. C. d. legibus* dispositionem vel propositum omnibus suis causis congruè adæquare, ut neque ad unguem juris stricti rigorem vel asperitatem observet, neque in totum relaxet; sed ex causis justis ex duobus contrariis optimum eligat temperamentum. *l. non exiguus §. si quis tamen 8. ff. si quis caut. in judic. sist. l. si servos 25. ff. d. pignorat. action. l. 5. in fin. ff. d. ann. legat. præst.*

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17. Æquitati verò jus * strictum opponitur, quod prædurum est & asperum, à quo non liceat nec latum unguem discedere, cuiq; nihil addi nec detrahi potest, nisi quod scriptura loquitur. *l. si aliq* 19. *ibi: quod interdum plus valet scriptura quam peractum sit. ff. d. usufruct. legat. l. contractus 17. C. d. fid. instrument.* Quod & jus subtile appellari solet. *in l. si ita scriptum 12. in pr. ff. de liber. & posthum. hered instit. l. in bello §. codicilli ff. d. captiv. & postlim. revers. Covarruv. variar. resolut. p. 2. relect. 6. c. poss. mal. fid. & §. 6. d. bon. fid. in præscript. n. 3. tom. 1. pag. 460.*
18. Planè in * hoc ars juris consistit: ut sciamus ubi temperamentum illud æquitatis sit adhibendum, ubi scriptura vel conventio disertè facta attendenda.
19. Abusus * juris est callida ac superstitiosa verborum ac præscriptæ legis interpretatio: quàm si neglecto bono & æquo sequeremur, ex summo illo jure summam crucem & injuriam faceremus. *Besold. ex lib. 1. Pandect. delibat. 12.*
20. Unde æquitas tùm in interpretando tùm in judicando rigido & stricto juri præferenda est. Nam * ut Paulus IC. ait *in l. in omnibus 9. ff. d. R. I.* in omnibus maximè in jure æquitas est spectanda.
21. Et * *in l. placuit 8. C. d. judic.* rescripserunt Imperatores Constantinus & Licinus: in omnibus rebus præcipuam esse justitiæ æquitatisque quàm stricti juris rationem. Hinc & Ulpianus *in l. quod Ephesi 4. §. 1. ff. d. eo quod cert. loc.* respondit: judicem æquitatem antè oculos habere debere: eò quòd dum de æquo & bono disceptatur, sub autoritate jurisprudentiæ perniciosè erretur, ut inquit Celsus & cum eo Paulus *in l. si servum 91. §. sequitur 3. ff. d. V. O.*
22. Et * quòd aliàs quòq; sæpissimè leges adversus rigorem & juris subtilitatem secundum æquitatem decernant; constat *ex l. si tibi 25. ff. d. donat. l. per fundum 11. ff. d. servit. præd. rustic. l. si quis cum aliter 36. ff. d. V. O. l. si fundus 16. §. si pluris 6. ff. d. pignor. & hypothec.*
23. Sapienter etiam sapiens * ille proverbiorum 4. dicit: viam sapientiæ monstrabo tibi, cùm ducam te per semitas æquitatis, quas cùm ingressus fueris, non arctabuntur gressus tui, & occurrens non habebis offendiculum apud me.
24. Et idem * Ecclesiastes c. 6. inquit: noli esse justus multùm: & paulò post: justus peribit in justitia sua. Quod * observare debent Judices, ne nimium scrupulosè sequentes rigorem & subtile juris subtilitates, in fo-
25. veam

veam iniquitatis incidant, omittentes æquitatem & contra proprium suum sensum judicantes, veluti traditur in *c. plerumq₃* 2. q. 7. *c. non potest* 23. q. 4. & in *c. serpens d. pœn. distinct. 1.* Nam summum * jus sæpè est summa malitia: Terent. in *Heaux* & strictum * jus summa crux. Columell. lib. 1. *de re Rustic.* Oldendorp. *d. jur. & æquit. tit. 4.*

26.

27.

Potissimum * autem spectari debet æquitas: cum scripti & voluntatis aut successionis est quæstio, ut inde non minima pars juris pendere videatur. Qua * de re textus sunt in jure nostro quàm plurimi: ut in *d. l. si ita scriptum* 13. pr. ubi notanter scribit Julianus IC. *licet enim subtili juris Regula conveniebat; ruptum fieri testamentum; attamen quam ex utroq₃ nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad hanc sententiam humanitate suggerente decursum est. l. si quis ita scripserit* 4. §. 2. ibi: *licet ex nimia subtilitate separatum est à testamento; tamen humanitatis intuitu valebit legatum, si vivus eum manumiserit. l. posthumus* 12. pr. *d. injust. rupt. testament. l. filio præterito* 17. *l. generaliter* 24. §. *si quis servo* 10. ff. *d. fideicommiss. libert. c. fin. x. d. transact.*

28.

29.

Cui sententiæ apertè contradicere videtur *l. prospexit* 12. ff. *qui & à quibus manumiss.* §. 1. ubi respondet Ulpianus: quæ divertit, omnes omninò servos (scilicet ne quæstioni subducantur) manumittere vel alienare prohiberi: quia ita verba faciant, ut ne quidem eum servum, qui extrà ministerium ejus mulieris fuit, vel in agro, vel in provincia, possit manumittere: quod quidem per se durum, sed ita legem scriptam esse.

30.

Sicut * & sententiæ huic nostræ adversari videtur *l. inter causas* 26. §. *non omnia* 6. ff. *mandat.* in qua dicit Paulus IC. non omnia, quæ impensurus non fuit, imputari mandatatori: veluti quod spoliatus sit à latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumq₃ adprehensus quædam erogaverit: nam hæc magis casibus quàm mandato imputari debere. Cujus sanè legis prædura videtur esse sententiæ, ita ut Accursius ibi notet: hunc §. de curialitate non observari, scilicet à bono & honesto mandatore negligi. Dionys. Gothofred. *ibid. lit. V.*

31.

Verum * apparentes hæc pugnas Salycetus in *d. l. placuit* 8. *C. d. judic.* adhibitis aliquot distinctionibus & subdistinctionibus tollere, omnesque leges de æquitate & stricto jure agentes non mi-

32.

- nus subtiliter, quàm fundamentaliter in concordiam reducere videtur: quibus attentis haud dubitandum, quin omnibus, quæ ob-
33. jici nobis possint, legibus satisfieri possint. Principaliter * autem distinguimus inter casum certum & dubium; id est inter eum casum, cujus decisio est certa in jure nostro, & inter eum casum, cu-
34. jus decisio incerta. Primo * casu principali est subdistinguendum: an rigor juris & æquitas invicem concordent an discordent. Si
35. * concordent, utrumque servatur. *l. si me & Titium 32. ff. d. reb. credit. ibi: sed quia pecunia mea quæ ad te pervenit eam mihi à te reddi &*
36. *bonum & æquum est. ibiq³.* Gloss. Sin * verò discordent æquitas & rigor vicissim distinguitur, an utrumque scriptum, an alterum tantum. Si * utrumque scriptum, rursus distinguitur: an æquitas scripta sit in specie, rigor verò in genere: quo casu præfertur æqui-
37. tas, cum generi per speciem derogari soleat: & si utrumque tam æquitas quàm rigor scripta sint in genere, similiter præfertur æquitas. *l. si tibi pecuniam 20. ff. d. reb. credit. ibi: sed hæc ita intelligenda sunt propter subtilitatem verborum, benignius tamen est utrumq³, valere.*
38. Si * verò econtrà æquitas sit scripta in genere, rigor in specie; æquitati rigor præferendus est. Exemplum * habemus in usucapione, ubi æquitas generaliter est scripta: quòd naturâ hoc æquum sit, neminem alterius detrimento fieri locupletiores. *l. nam hoc natura 14. ff. d. condict. indebit.* rigor verò in specie scriptus est: quòd propter negligentiam domini rei dominium per usucapionem amittatur & in possessorem transferatur. *t. t. ff. Cod. & Instit. d. usucap.*
39. Porro * quando neutrum est scriptum præfertur æquitas, sicut quando utrumque scriptum; quando * verò alterum est scriptum alterum non scriptum, præfertur scriptum non scripto: & si æquitas est scripta absque ullo dubio rigori præfertur; sin verò rigor scriptus, æquitati non scriptæ præferri ei que æquitas cedere debet.
40. Posteriori * casu principali ubi in dubio versamur, ut aliàs æquitas regulariter ita & hîc rigori juris præferenda est. *l. semper in dubiis 56. ff. d. R. I. Paul. d. Castro ad d. l. placuit 8.* ubi dicit: quando intellectus legis est dubius, & quis vellet intellectum legis sequi rigorosum, ut faciunt multi, ut ostendant se sciolos & multas leges præ manibus habere, contrà quos faciat dictum Salomonis: noli nimium justus esse. Et * quòd in dubio æquior sententia sit sequenda,
- 41.
- 42.
- 43.

quenda, tradit quoque Petrus Heigius *part. 2. q. 26. n. 46.* ubi egregiè in hæc verba scripsit: talem in dubio interpretationem faciendam esse, quæ æquitatem & benignitatem sapiat, & à sapientibus reprehendi non possit, per quam etiam utrique casui consulatur & pars altera non defraudetur, de quo latè tractat Francisc. Bursatus. *consil. 176. n. 20. & seq. vol. 2.* Unde * Johannes Sichardus *ad l. bonam fidem 4. C. d. action. & obligat. n. 5.* docet: quòd, si in æquitate juris dubitatio oriatur, æquitas naturalis servanda sit.

Ad majorem autem suprà traditarum distinctionum nostrarum declarationem probè advertendum hîc erit: non quamlibet * imaginariam, cerebrinam & capitosam æquitatem in interpretando & judicando amplectendam esse & sequendam. Nam * scripta debet esse æquitas vel in specie, vel in genere, vel aliunde ex jurisprudentiæ nostræ fontibus diducta: atque tùm demum naturalis sequenda æquitas, ubi scripto jure & æquitate scriptâ destituimur. Neque * enim debemus, ut cum Paulo *d. Castro in d. l. placuit 8.* loquamur, ex capite nostro propter æquitatem quam esse putamus à jure scripto recedere: quia sic omnes leges possent aboleri, propter præsumptuosos & temerarios asserentes contrarium, & non tenentes jura scripta, propter æquitatem capitis eorum, dicentes: non curamus de vestris legibus & subtilitatibus: scilicet de æquitate quam non cognoscunt, sed cognoscere credunt. Quæ * etiam Sichardi *in d. l. placuit* est sententia dicentis *ibi*: periculosè facere nonnullos ætate nostrâ, qui posthabitis legibus, id est rigore juris, stultam quandam & incertam invehunt æquitatem: cùm in tali casu solius Imperatoris officium implorari deberet. *l. 1. C. d. legib. & constit. Princip. ubi eleganter Salycet.* Sed * & hanc in rem præclarè quoque scripsit Petrus Heigius *part. 1. q. 36. n. 12. & seq.* in-
 quiens: plures hodie ex æquitate cerebrina quàm secundùm leges etiam scriptas gestire judicare: & nescire se dicit, quàm æquitatem interdum sibi imaginantes, dum non videri volunt incapaces subtilitatum, magno supercilio nova & erudita damnent, vetera & vulgaria, licet falsissima retineant. Lege * enim vel statuto Provinciali clementiores vel æquiores nos esse minimè decet, sed scripto juri inhærerendum est. *d. l. prosperit. 12.* Fit * namque ut isto æquitatis commento à scripto jure perniciosè aberremus. Cujac. *consultat. 38.* Oldendorp. *d. jur. & equit. t. 4.* Cothman. *respons. 45. n. 46.*

44.

45.

46.

47.

48.

49.

50.

51.

52. vol. 5. pag. m. 842. Atque * simulata æquitas duplex iniquitas esse
 53. solet. Johan. Althus. in Dicæolog. libr. 1. c. 105. n. 20. Et * tùm de-
 mum ad æquitatem naturalem decurrendum esse, ubi scripto jure
 destituimur; colligitur ex l. in summa 2. §. item Varus 5. circ. fin. ibi:
hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiamus. l. quasitum scio 13. ff. d. test.
ibi. veruntamen quod legibus omissum est, non omittatur religione judi-
 54. *cantium. l. in his 16 ff. d. condit. & demonstrat. ibi: ea verò quæ ex ipso*
testamento orireretur, necesse est, secundum scripti juris rationem expe-
diri. Scire * enim oportet: specialem etiam juris rigorem certas
 55. æquitatis causas in suo genere habere, post Melanch. libr. 5. Ethic.
 Arist. Sichard. in d. l. placuit. 8. n. 6. Nam * quod in legibus scri-
 ptum, id omne æquitatem sapere credendum est. D. Harppr. ad
 56. §. ex diverso 30. Instit. d. R. D. n. 34. & seq. Unde * Udalricus Za-
 sius ad l. 20. ff. d. legib. n. 19. & Osvald. Hillig. in Donell. enucleat.
 libr. 1. c. 13. lit. G. ostendunt: sententiam d. l. prospexit 12. æquitate
 haud carere: quodd adulterii crimen, quia clandestinum, sæpè per
 eos qui suspecti juvetur: potuisset enim servus ruri degens ex Do-
 mina ipsa vel conservis aliquid intellexisse, aut de antiquis Domi-
 næ moribus testari, sicque ad terrorem criminis hujus legem hanc
 57. introductam esse. Ita * usucapio quoque aliquam æquitatem
 insitam habere videtur: præter enim publicum bonum, quod hîc
 versatur, ne dominia rerum in incerto sint; etiam negligentiam
 domini rem suam intrâ præstitutum tempus perquirere negligen-
 58. tis, hætenus puniri æquum esse videtur: ut rei suæ dominium a-
 mittat: præsertim autem quodd in usucapione bona fides & titulus
 possessoris, rem usucapere volentis, præsupponantur. In * hoc ta-
 59. men differentia est ratio inter jus strictum & æquitatem: quodd
 æquitas quæ opponi solet rigori juris æquius & benignius jus in-
 60. troducatur: cum * æquo æquius esse possit; l. exigendi 12. C. d. procu-
 rat. ibi: *sed multò justius fuit. l. si servus 61. §. quod verò 5. ibi: multò tamen*
æquius esse. l. observare 4. §. proficisci 2. ibi: melius quidem est. adeo-
 que * in stricto jure bonum æquo propter Reipublicæ utilita-
 tem præponderat.

61. Observandum quoque hîc erit: Judices & Jureconsultos æqui-
 tatem quidem in interpretando & judicando rigori juris præferre
 debere; non tamen * rigorem scriptum vel æquitatem scriptam
 abrogandi vel iis derogandi potestatem habere: hanc enim pote-
 statem

statem Princeps sibi soli reservavit, ut suprà ex l. 1. C. d. legib. & constit. Princip. obiter monuimus. Anton. Merenda. *controvers. jur. libr. 4. c. 2. n. 16. & seqq.* Cujus * legis sententiam ita intelligit Salycetus *ibi*: quòd tùm ipse Princeps sit adeundus, ubi de æquitate abroganda vel rigori derogando agitur: cæteroquin cuique liceat jus ex æquitate interpretari, non ut tollat totum quasi iniquum, sed ut certis in casibus pro circumstantiarum varietate & diversitate illud mitiget & temperet: ut sentiunt quoque Cyn. *ad d. l. placuit.* Paul. d. Castr. *ad d. l. 1.* & Donell. *libr. 1. commentar. c. 13.*

Verùm * si casus ita dubius esset & ambiguus, ut non constaret, an in lege comprehenderetur nec ne; tùm ipse Princeps quoque adeundus esset. Et * ita in Gallia potestatem molliendi duritiem legis Parlamenta adversus inferiores Judices, à quibus ad ipsam Curiam appellatur, sibi vindicare; testatur Everhard. Bronchorst. *ἐναντία πρὸς. cent. 1. assert. 3.*

Quibus ita stabilitis & declaratis, nobis jam cum Neotericis quibusdam, scriptam negantibus & rejicientibus æquitatem, res erit, qui in hoc, * ut & aliàs in more habere solent, sepositâ legis mente, vi & potestate de nudis verbis contendere: quæ non realis vel fundamentalis, sed inanis & fumea quædam est subtilitas. Equidem * Duarenus *libr. 2. disput. annivers. c. 18.* dicit: certo certius esse, æquitatem seu æquum & bonum nihil aliud esse, quàm benigniorem & humaniorem juris interpretationem, quæ scripto comprehensa non est. Quâ * definitione sive descriptione non solùm bonum & æquum confundit & pro eodem ponit, sed & sicut etiam in *Comment. ff. h. t. c. 2.* scriptam rejicit æquitatem, subdens *ibi*: in veteribus Codicibus in *d. l. placuit* vocabulum *scriptæ* non esse, sed ab iis additum, qui vim æquitatis non intellexerint. Ubi * duplicem errorem committit Duarenus: 1. quòd totam juris definitionem de æquitate non scripta intelligit: 2. quòd scriptam negat æquitatem. Ad * primum quod attinet: si admitteretur explicatio definitionis juris à Duareno tradita, sequeretur; Ulpianum in *l. 1. ff. h. t.* jus prorsus mancè definiisse, quando definiit id, quòd sit ars æqui ac boni: sic enim jus nostrum de æquitate non scripta solùm ageret, nec juris scripti ullam rationem haberet. Hoc autem notoriè falsum esse, nemo non percipit. Neque * enim jurisprudentiæ definitionem hîc substituere posset Duarenus: cùm eâ teneatur sententiâ, non dif-

62.

63.

64.

65.

66.

67.

68.

69.

70.

71. ferre invicem jus & jurisprudentiam, nisi quod jus sit ipsa ars juris, jurisprudentia verò cognitio illius artis, ut *in controvers. præcedent.* cum Duarenus statuimus. Sed * & in hoc sibi contrarius esse videtur Duarenus *in d. c. 2. ff. h. t.* dum ibi artem boni & æqui interpretatur, & eam pro collectione quadam præceptionum, ad bonum & æquum pertinentium, intelligit: & deinde in sequentibus id clarius exprimere volens, bonum & æquum pro benigniore & humaniore juris interpretatione, quæ scripto comprehensa non est, accipit. Si * enim ars juris est talis collectio, certè hoc de scripto jure non de *ἐπιχειρία* illa intelligendum erit: cum hæc & scriptum jus sibi invicem opponantur. Idcirco * videre non possumus, quomodo hîc salvari Duarenus, & tùm erroris tùm manifestæ contradictionis excusari possit.

74. Alterum, quod * scriptam negat & rejicit æquitatem Duarenus & alii neoterici, tam ex ipso textu *d. l. placuit* quàm ex re ipsa confutari potest. Nam * *in d. l. placuit* verba *scriptæ æquitatis* manifestè sunt posita: licet enim excipiat Duarenus, in vetustis Codicibus verbum *scriptæ* non extare; tamen exemplar ejusmodi sicut & Gothofredi pro vitioso habendum: cum vulgaria & magis authentica exemplaria *scriptæ* verbum contineant. Etiam si * etiam manifesto textu effemus destituti; tamen res ipsa, ut fundata est in jure nostro, distinctionem hanc æquitatis scriptæ & non scriptæ suppeditaret: ut mirum sit, tantum Jurisprudentiæ nostræ lumen eam negare. Quot * manifesti sunt juris textus, quorum aliquàm multos suprâ adduximus, non solum æquitatis mentionem, sed etiam ex ipsa æquitate in legibus scripta, seposito juris rigore casuum decisiones facientes. Unicum * jam adducimus textum *ex l. adulterij 32. C. ad L. jul. d. adulter.* duritiem *d. l. prospexit. 12. ff. qui & à quib. & c.* mitigantis & ad justum æquitatis temperamentum reducens. Quis * negabit hîc æquitatem scriptam? certè nemo nisi in jure nostro valdè scrupulosus & superstitiosus.

80. Non etiam placet quod Donellus *libr. 1. commentar. c. 13.* de scripta hac æquitate scripsit, dicens: æquitatem * non ampliùs æquitatem esse futuram, si scribatur, si ipsius dignitatem & propriam rationem non communem inspiciamus: æquitatem relativam legis non posse scribi, quia tunc lex fieret, neque esset interpretatio, sed ipsam egere interpretatione. Etenim * aut loquitur
Donel-

Donellus de æquitate naturali, ratione naturali non temperata, quam crudam dicit Salicetus; *ad d. l. 1. C. d. legibus.* aut verò loquitur de æquitate naturali, quæ naturali ratione temperata est. Si * loquitur de priori Donellus: certè æquitas scripta naturali æquitate dignior est & præstantior. Æquitas * enim jure informata, justum habens temperamentum, optima videtur esse æquitas, quæ non cruda amplius sicut illa naturalis. Quemadmodum * igitur scripta æquitas, jure informata & justè temperata, nimio juris rigori, qui tamen aliquam insitam habet æquitatem, prævalet eoque; dignior est & præstantior; ita etiam eadem hæc crudæ illi naturali æquitati, nullum adhuc habenti temperamentum, prævalet & eâ dignior est ac præstantior: quippè omne medium pro optimo habetur. Si * verò de altera æquitate loquitur Donellus, quæ sc. naturali ratione temperata est, eadem ferè illa videtur esse quæ æquitas scripta, nisi quòd hæc in scripturam redacta, & illa generalior sit. Etenim * Jureconsulti naturalem æquitatem, scriptam destituti æquitate, non ita crudè sed ponderatis circumstantiis & habitâ quoque; boni publici ratione, quasi lex viva cum temperamento adhibere solent. Etsi * verò æquitas, ut ait Donellus, si scribatur lex fiat, tamen ea super æquitate fundamentum suum positum habet, & si egeat lex interpretatione, ea ex insita vi æquitatis jam scriptæ desumenda erit. Posito * etiam interpretationem æquitatis scriptæ quandoque; ex æquitate naturali desumi: nihilominus tamen scripta æquitas manet æquitas. Sicut enim lex ex alia lege; ita quoque; æquitas scripta ex æquitate non scripta interpretatione desumere posset. Sed * & lex & æquitas se invicem non tollunt nec destruunt; etiam si igitur lex fiat æquitas si scribatur, tamen manet æquitas nomenque suum retinet. *Vid. Salycet. & Paul. Castrenf. dd. ll. Si-chard. ad d. l. placuit 8. C. judic. ad l. bonam fidem C. d. Obligat. & action. n. 8. ad l. fin. C. d. jur. Emphyteut. n. 5. ad l. 2. C. d. posthum hered. instit. n. 3. & ad l. creditores 2. C. d. pignor. & hypothec. n. 7. Fulv. Pacian. d. probat. libr. 2. c. 21. n. 39. Covarruv. d. l. Petr. d. Anchoran. Consil. 81. col. 2. Cravet. Consil. 1000. n. 19. & Consil. 920. n. 10. in verb. restrictionem propter æquitatem. Tiber. Decian. Consil. 52. n. 14. & seq. vol. 2. p. m. 167. Hondedæ. Consil. 61. n. 30. Ernest. Cothman. Consil. 3. n. 14. vol. 5. p. m. 67. d. Consil. 45. n. 46. vol. 5. p. 842. Consil. 12. n. 1. 2. & seq.*

82.

83.

84.

85.

86.

87.

88.

89.

Ayer. in process. c. 2. observat. 4. n. 9. & seqq. Andr. Gail. 2. Observat. 23. n. 26. 1. Obs. 66. in fin. & Observat. 153. n. 9. Joachim. Mynsing. cent. 6. Observ. 63. n. 4. D. Wilhelm. Anton. d. rescript. morat. d. conclus. 63. tit. 9. n. 208. Joh. Robert. sentent. jur. libr. 3. c. 12. p. 328. Marc. Lyclam. 7. membr. Eclog. 39. Joh. Stuck. decad. 1. assert. 2. lit. D. Ungepaur. Exercit. 1. q. 9. Bachov. in not. ad Treutl p. 1. disput. 1. th. 1. lit. B. p. 8. & seqq. Hillig. in Donell. enucleat. d. c. 13. lit. A. & seqq.

Controversia VIII.

Tria illa juris præcepta: Honestè vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere, inter se differunt.

Summaria.

Tria juris præcepta ex communibus istis notionibus originaliter diducta sunt. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Quæ præcepta ars juris determinavit. n. 6. & 7.

Ex tribus juris præceptis tota pendet jurisprudentia. n. 8. & 9.

Primum præceptum respicit hominem erga se ipsum. n. 10.

Honestas alias quoque virtutes in se continet. n. 11.

Honestatis officia non præcipiuntur in universum in jure civili, ita ut ad eos homines compelli queant. n. 12. & 13.

Sed in casibus specialiter expressis. n. 14. 15. 16. & 17.

Quid de concubinato judicandum sit. n. 18. 19. 20. 21. 22. & 23.

Concubinatus hodiè omni jure prohibitus est. n. 24.

Duo præcepta, alterum non lædere, & suum cuique tribuere ad alios spectant. n. 25.

Secundum juris præceptum ad corpus pertinet. n. 26.

Αυτοχρησία prohibita est. n. 27. 28. 29. & 30.

Tertium juris præceptum res & facultates concernit. n. 31.

Objicitur. l. in causa 16. §. item Pomponius 4. ff. d. minor. & l. item si 22. §. ult. ff. locat. n. 32.

Responsio ad objectas leges. n. 33.

Quomodo tertium hoc juris præceptum suum cuique velit tribui. n. 34.

Hotomanni ineptiæ exploduntur. n. 35.

Tria juris præcepta non minùs subtiliter, quàm verè & realiter distincta sunt. n. 36.

Et sapienter ad paucitatem hanc reducta. n. 37. 38. & 39.

Sciendum, tria hæc juris præcepta in §. 3. h. t. & l. justitia 10. §. 1. ff. d. justit. & jur. tradita non * ex propriis principiis artis juris, sed
ex

ex communibus istis notionibus, omnium hominum mentibus insitis, originaliter & radicaliter diducta esse. Nam * cuius homini innatum & menti ejus divinitus quasi insculptum & impressum videtur: honestè esse vivendum, alterum non lædendum & suum cuique tribuendum. Quæ * præcepta Divus Apostolus Paulus 2. ad Corinth. 7. v. 2. ita expressisse videtur, dicens: neminem offendimus, neminem læsimus, neminem defraudavimus. Et * gravissimus ille Philosophorum Seneca rectè judicavit: *Epist. 120. p. 663. & seq.* semina scientiæ boni & honesti dedisse naturam. Quin * & malis innatum est honestum: quia adedò gratiosa virtus, ut etiam malis insit, probare meliora. Senec. d. *benefic. libr. 4. c. 17. pag. m. 90.*

Verum * quomodò jam honestè vivendum, alter non lædendus, & suum cuique tribuendum; ars juris determinavit & ad species reduxit: jus * enim civile est, quod non in totum à naturali ratione recedit neque in totum ei servit. *l. jus civile 6. pr. ff. h. t.*

Ex * hisce igitur præceptis tanquam summis principiis pendet tota jurisprudentia nostra, & ad * unum horum tanquam ad scopum quendam, quicquid in toto & universo continetur jure, referri potest. Anton. Fab. in *rational. ad d. l. 10. §. 1. ff. h. t.*

Et * primum quidem præceptum præcipit honestatem, & respicit hominem ergà se ipsum, neque ad alios refertur: ne quid agat homo quo turpis esse videatur: quæ * honestas & alias virtutes in se continet; non tamen ut cæteræ principaliter, sed quatenus ad justitiam diriguntur, attendantur. Jacob. Cujac. ad *d. l. 10. p. m. 56. Donell. 1. Comment. jur. civil. c. 1.* Itaque * honestatis officia non præcipiuntur in universum in jure Civili, ita ut ad ea homines inviti per Magistratum cogi possint: cum latiùs pateat officiorum quàm juris Regula, ut dicit Seneca. d. *ira libr. 1. c. 27. p. m. 55. Duaren. ad tit. ff. d. justit. & jur. c. 3.* Proinde * in certis casibus, in jure specialiter expressis, honestas præcipi videtur, ut ad eam observandam homines compelli queant. Ita * à quarundam personarum nuptiis abstinendum esse præcipiunt jura, ut illæ quæ parentum liberorumque sunt loco dissolutà adoptione matrimonio jungi vetentur: in §. *ergò non omnes 1. Instit. de nupt.* quod propter singularem honestatem, quæ in matrimoniis attenditur, constitutum est. *l. semper 158. ff. d. R. I. l. semper 44. ff. d. rit. nupt.* Sic * etiam

inter parentes & liberos testimonii dictio prohibetur in *l. testis idoneus* 8. ff. d. testibus. Item * honestatis ratione parentes absque permisso Prætoris in jus vocari non possunt. in *l. 4. 7. 8. & 11. ff. d. in jus vocand.* Et * libertus patronum accusare prohibetur. in *l. accusare* 8. ff. d. accusat.

16. Verum quid de * concubinato dicendum, qui tanquam fæda conjunctio ab omni honestatis officio quidem alienus est; & tamen à jure permissus videtur. Ad * quod dubium diluendum respondendum erit: quòd sicut ex duobus æquis id quod æquius eligendum, & econtrà ex duobus iniquis id quod minùs iniquum, cum utrumque præcaveri nequeat; ita quoque ex duobus inhonestis id quod minùs inhonestum tolerandum videatur. Quamobrem
17. * majoris mali & scandali præcavendi causâ, cum adulteria, raptus & scortationes meliùs quàm concubinatum permittendo præcaveri posse non viderentur; legislatores concubinatum tolerare & ad eum connivere necessitas ferè coëgit: non tamen eum approbârunt, multò minus verò præceperunt. Vid. Joh. Robert. *Sentent. jur. libr. 3. c. 12. per tot.* Sic * Christus Salvator noster *Matth. 19. v. 8.* dicit: propter duritiem cordis humani permisisse olim Mosen divortium, non quia bonum esset, sed ut majus præcaveret malum & dissensiones conjugum dirimeret. Unde * etiam in *l. non omne* 144. ff. d. R. I. dicitur, non omne quod licet honestum esse: & * in *l. patrem* 19. ff. quæ in fraud. credit. lin conjunct. 197. ff. d. R. I. illi laudari videntur, qui non semper id quod licitum, faciunt eòq; utuntur.
18. Hinc * & concubinatus à jure Canonico, in *c. nemo* 4. & *c. meretrices* 11. caus. 32. q. 4. jure Divino *Epistol. ad Hebr. c. 13. v. 4.* & ab Imperatore Leone, in *Novell. 91.* atque à Constantino Porphyrogeneta, *Harmonop. lib. 4. c. 7.* ac Novissimo jure *Novell. 6. c. 1. §. 3.* Reformation guter Policey zu Augspurg/ d. Anno 1530. Von leichtfertiger Denwohnung. prohibitus & damnatus est. Schneidevvin. *ad tit. Instit. d. parr-potest. n. 15.* & ibi Gothofred. in not. lit. A. & *ad tit. Instit. d. success. quæ ab intest. defer. d. succ. liber. natural. n. 2.* Et hæc de primo juris præcepto, sequitur alterum.

19. Sicut autem primum juris præceptum hominem ergà se ipsum respicit; ita reliqua duo * alterum non lædere, suum cuiq; tribuere ad alios spectant. Secundum * ad corpus pertinet, personas tue-
20. tur & injurias coërcet, idque de qualibet injuria intelligi potest.

Et

Ex * eo verò, quòd alterum lædere non debeamus, ineptè & absurdè concluditur: sic sibi ipsi violentas manus inferre licitum esse: quòd * enim homo Dominus membrorum suorum non sit; perspicuè traditur, in *l. liber homo 13. ff. ad L. Aquil.* Quin imò * is qui se vulneravit, vel aliàs mortem sibi conscivit, si ex patientia doloris, aut tædio vitæ, aut morbo, aut pudore more maluit, ignominia mitti & si nihil tale prætendat, capite plecti jubetur. *l. omne delictum 6. §. qui se vulneravit 7. ff. d. re milit.* Cujus * legis sententia, licet de milite sit concepta, ob rationis identitatem in pagano quoque obtinebit. *Vid. Petr. Heig. part. 2. q. 36. per tot. Wesenb. in not. ad Schneidevv. hîc n. 6. & Marth. Stephan. in dissertat. d. princip. jur. c. 4. n. 14. & seq.*

Porro * tertium juris præceptum res & facultates concernit, ne quis alterum vel contrahendo, vel permutando decipiat, sed suum cuique tribuat, sive pœnâ quis afficiendus sit, sive præmio remunerandus. *Shneidevv. & Mynsing. hîc.*

Cui * præcepto adversum non est: quòd contrahentibus, in emptionis pretio naturaliter se circumvenire, licitum esse dicatur, in *l. in causa cognitione 16. §. idem Pomponius 4. ff. d. minor. & l. item §. 22. §. ult. ff. locat.* Hoc * enim ita intelligi debet: quòd haud necessum, exactam illam & mathematicam pretii æqualitatem anxie nimis & scrupulosè observare, & quòd majoris vel paulò vilioris pretii prætextu rescindi non possit contractus, modò dolus malus absit.

Ita * etiam præceptum hoc sive justitia cuique suum vult tribui, ut non distrahatur ab ullius personæ justiore repetitione. Hinc si latro apud Titium spolia deposuerit, non deponenti, sed vero domino, propter justiorè repetitionis causam restituenda erunt: uti respondit Tryphonius Ic. in *l. bona fides 31. §. 1. ff. deposit.*

Explodendæ * igitur hîc erunt Hotomanni ineptiæ: hisce tribus juris præceptis triplex Jureconsulti officium contineri sentientis: sicut enim jura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur & sic omnes obligant; *l. jura 8. ff. d. legib.* ita etiam tria hæc juris præcepta ad omnes pertinere omnesq; obligare necesse est.

Ex * hætenus deductis elucescit: præcepta juris non minùs subtiliter, quàm verè & realiter ita distinxisse Ulpianum Ic. ita ut unum sub altero non nisi generalius contineatur.

37. Sapienter * etiam præcepta hæc ad paucitatem hanc reduxit Ulpianus, in d. l. 10. ad exemplum Gaji. Ic. in l. 1. ff. d. stat. homin. & Justiniani in §. fin. instit. d. I. N. G. & Civ. ubi tria objecta juris constituunt: quod omne jus, quo utimur, vel ad personas pertineat, vel ad res, vel ad actiones. Quod * enim plura quærimus præcepta, eò plura in latissimo hoc & profundissimo juris Oceano nobis obvia erūt.
38. Indeque; eleganter Seneca * Epistol. 38. p. m. 301. inquit: hæc præceptorum conditio est, quæ seminum, multum efficiunt etsi angusta sint: tantum idonea mens rapiat illa & in se trahat: multa invicem & ipsa generabit, & plus reddet quam accepit. Addat. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 2. c. 1. lit. F. in not. D. Bocer. class. 1. disput. 1. th. 13. & seqq. Ernest. Cothm. ad tit. 14. libr. 1. Cod. n. 119. Treutl. p. 1. disp. 1. th. 3. lit. A. ibique Bachov. pag. 10. Petr. Osterman. in rational. ad instit. ad §. 3. h. t. p. 17. & seq. Matth. Stephan. d. c. 4. per tot. Forster. in tract. Justinian. hic th. 25. & seq.

Controversia I X.

Jus publicum ex præceptis Naturalibus, Gentium & Civilibus collectum est.

Summaria.

Divisio juris in publicum & privatum. n. 1.

Vtriusque definitio. n. 2. & 3.

Quid significant in definitione juris publici verba illa, *ad statum rei Romanæ pertinere*. n. 4. & 5.

Ius publicum fundamentum est Reipublicæ n. 6.

Ius publicum non solum utile est, sed etiam maxime necessarium. n. 7.

In quibus consistat jus publicum. n. 8.

Totius humanæ societatis fundamentum est Religio. n. 9. & 10.

De Magistratus necessitate & autoritate in Republica. n. 11.

Ius publicum ex præceptis Naturalibus, Gentium & Civilibus collectum est. n. 12.

Quod exemplo corvorum & apum demonstratur. n. 13. 14. & 15.

Item gruum exemplo. n. 16.

In apibus & gruibus Monarchica Reipublicæ forma representatur. n. 17.

Affirmativa controversiæ hujus sententia ulterius comprobatur. n. 18. 19. & 20.

Cujacii negativa sententia. n. 21. & 22.

Respondetur Cujacio. n. 23. 24. & 25.

Matthæi Welenbecii argumentationi respondetur. n. 26. 27. 28. 29. 30. & 31.

Objicitur l. 1. §. 2. ff. h. t. & §. fin. instit. h. t. n. 32.

Quibus textibus respondetur. n. 33.

Ulpianus

Ulpianus Ic. * *in l. 1. §. hujus studij 2. ff. d. justit. & jur. & Imperator Justinianus in §. 4. h. t. dividunt jus in Publicum & Privatum. Publicum * esse dicunt, quod ad statum rei Romanæ spectat & publicè est utile. Privatum * verò, quod ad singulorum pertinet utilitatem & privatim utile est. d. l. 1. §. 2. Ad * statum autem Imperii Romani pertinere id significat: pertinere sc. jus publicum ad ea de quæ iis tractare, sine quibus Respublica nec constitui nec conservari potest: Status * enim est, quo res stat, nec sine eo consistit. Donell. 2. commentar. c. 5. Johann. Limnæ. d. jur. public. libr. 1. c. 1. n. 10. Quare * fundamentum Reipublicæ est jus publicum, cui Respublica sive Imperium innititur, cui elegans illud Reipublicæ ædificium superstructum est: quo sublato Imperium vel in tyrannidem verti, vel prorsus everti & ædificium hoc collabi ac corruere necesse est. Ideoque * non solum publicè utile est jus publicum, sed etiam maximè necessarium.*

Consistit * verò publicum hoc jus in Sacris, Sacerdotibus & Magistratibus, d. l. 1. §. 2. Vid. D. Bocer. class. 1. disputat. 1. th. 22. & seqq. Unde * Cicero libr. 1. d. natur. Deor. verissimè dixit: totius humanæ societatis fundamentum Religionem esse. Et * Theus, Atheniensium Rempublicam constituturus, à Religione tanquàm firmissimo fundamento initium fecit. Plutarch. in vit. Thef. Atq; * Don Gaspar Mastrillus d. Magistrat. in prelud. n. 17. egregiè scripsit: quòd Magistratus autoritate legum disciplina judiciorumque severitas, in quibus justitia refulget, advocentur; quâ quidem nihil possit excogitari ad populum intrâ modestiæ limites continendum vehementius, nihilque ad Reipublicæ tranquillitatem conservandam securius.

Præmissis hisce faciliùs patebit: Jus * publicum ex principiis Naturalibus, Gentium & Civilibus collectum & diductum esse. Et sanè ad jus Naturale, nobis cum animalibus brutis commune, quod attinet: animalia * irrationalia Deum esse nôrunt eumque quodammodò verentur: ut de corvis ait Regius Psalter, eos Deum invocare. Psalm. 147. v. 9.

In * apibus quoque Regiminis politici & æconomici vivam habemus imaginem: hæ enim Regem suum habent, cui obsequia omnemque fidelitatem præstant, & ad nutum officia sua faciunt. De quibus ita scribit Plinius: d. natural. histor. libr. 11. c. 17. p. m. 292.

15. & seq. quòd quando foràs procedat Rex, quod rarò fieri soleat, unà cum ipso totum procedat examen eumque comitetur, circà eum conglobetur, cingat eum, protegat cernique non patiatur. Quando populus in labore sit, ipse Rex intus circumbeat exhortanti similis, solus à laboribus immunis. Cùm processere, se quæque proximam illi cupiat esse & in officio conspici gaudeat. Fessum Regem humeris sublevent, validius fatigatum ex toto portent. Ubicunque confederit ille, ibi cunctæ apes sua castra locent. Itaque * natura docuit apes, Magistratui subesse & obsequium præstare: quippe quæ propriam conservationem tuitionemque à Rege suo petendam, ipsius Naturæ instinctu optimè sciant. Quemadmodum igitur amisso Rege omnia in alveario pessum ire videmus, ruptaque fide mella diripi constructa; sic etiam in Republica sublato Magistratu turbationes exoriri, furta, homicidia cæteraque crimina & delicta irrepere & ad interitum usque politicum conflictari statum, experimur. Idcirco naturâ inventus est Magistratus & cum ipsa natura homini inginitus. Don Gars. Mastrill. d. l. n. 26. De * gruibus etiam tradit Plinius d. natural. histor. libr. 10. c. 23. p. m. 173. quòd ducem, quem sequantur, eligant, volando ordinem literariorum observantes. In extremo agmine per vices qui acclament, dispositos habeant custodes, & qui gregem voce contineant. Excubias habeant, nocturnis temporibus lapillum pede sustinentes, qui laxatus somno & decidens indiligentiam coarguat. Cæteri dormiant capite subter alam condito, alternis pedibus insistentes; Dux verò erecto provideat collo ac prædicat. Et * quod in apibus ac gruibus Monarchica Reipublicæ forma repræsentetur; colligitur quoque ex c. in apibus 41. c. 7. q. 1.

18. Porro * ex jure Gentium collectum & diductum esse jus publicum, exinde constat: quod Ulpianus in §. fin. ff. h. r. definiat jus Gentium & deinde in l. seq. 2. statim ejus hæc subjiciat exemplar: veluti ergà Deum Religio, ut parentibus & Patriæ pareamus: de quibus in jure publico agitur.

19. Sed * & constat hoc ex l. 5. ff. d. justit. & jur. ubi dicitur: ex hoc jure Gentium bella esse introducta, Gentes discretas Regnaque condita, de quibus in publico jure tractatur.

20. Item * stabilitur sententia nostra ex l. si quis 17. ff. d. legation. ubi respondet Pomponius Ic. quòd, si quis legatum violer, contra jus

jus Gentium committat; sed de legationibus, legatis eorumque jure jus publicum tractat.

Quibus * sic firmatis, concidit Cujacii *ad §. hujus studij 2. l. 1. ff. h. t.* opinio, negantis, jus publicum ex præceptis naturalibus, Gentium & civilibus diductum esse. Respondet * quidem Cujacius: *d. l.* quamvis Religio ergà Deum sit ex jure Gentium, *l. 2. ff. h. t.* quòd omnium hominum mentes etiam barbarorum imbuerit opinio; ritus tamen, ceremonias, sacra cujusq; Civitatis seu nationis propria esse: neque etiam Sacerdotum & Magistratum ordinem rationemque esse eandem ubique Gentium. Verùm * nos contrà respondemus Cujacio: sufficere Religionem esse ex jure Gentium, ut jus publicum ex eo collectum dici queat, licet ritibus & ceremoniis varient, & qualibet Gens, sive natio proprios habeat ritus, proprias ceremonias propriaque sacra: idemque de Magistratum ordine rationeque dici potest. In * cujus confirmationem ex jure Privato quoque exemplum servitutis adducere possumus: hæc enim originem suam ex jure Gentium ducit, circà cujus tamen jura variare Gentes, omnes fatebuntur. Quod * addit Cujacius *d. l.* nihil esse in jure publico, quod sit commune omnium Gentium, nisi in universum Religio quædam, universa quædam cognitio; falsum est, ut ex supradictis colligere licet, ex eo autem in primis: quòd & Magistratus omnium Gentium communis sit, in quo consistere jus publicum diximus.

Non * etiam sententiæ nostræ quicquam officit Matthæi Wesenbecii, in *ω. ff. h. t. n. 14. lit. E.* contrariæ sententiæ applaudentis, adducta ratio: quòd publicum jus non ad normam æquitatis vel æqualitatis ut jura privatorum, sed ad id, quod Reipublicæ opportunum, præcipuè aptetur. Nam * & in publicis causis æquitatis & æqualitatis, quòd ad fieri potest, habenda est ratio; cæteroquin Tyrannicum esset Imperium, quod spretâ æquitatis & æqualitatis ratione quicquid luberet, in publicis decerneret & statueret. Princeps * quidem ex potestatis plenitudine interdum contrà æquitatem & naturalem rationem statuit; non tamen ordinariè & regulariter, sed extraordinariè, in casu sc. necessitatis: ut si Respublica, nisi ita statueret Princeps, pessum iret, de quo Marc. Anton. Peregrin. *d. fidei commiss. artic. 52. n. 135. & seqq.* D. Besold. in *tract. d. Majest. sect. 1. c. 3. per tot.* Sed * nec in privato jure exacta illa æqui-

30. tatis norma semper attenditur, veluti apparet *ex l. prospexit 12. ff. qui & à quib. manumiss. lib. non fi.* in qua dicitur: quamvis quidem per se durum; tamen legem ita scriptam esse. Et * quodd rigor juris præferatur sæpiùs æquitati; *in controvers. 6. h. t.* aliquàm multis egimus. Cujus * exemplum nobis suppeditat usucapio, inprimis autem longissimi temporis præscriptio, quæ triginta annorum curriculo absolvitur: hæc enim neque bonam fidem neque justum requirit titulum; & tamen rem vero Domino aufert eamque possessoris sive detentoris dominio adjicit. *l. 8. §. 1. C. d. præscript. 30. vel 40. an.* quod sanè naturali rationi & æquitati contrarium esse videtur.
31. Neque * etiam pro contrariæ sententiæ patronis pugnat *d. l. 1. §. 2. ff. h. & §. fin. h. c.* in quibus textibus jus privatum solum ex præceptis Naturalibus, Gentium & Civilibus collectum dicitur.
32. Non * enim fit hoc ibi ad publici juris exclusionem; sed quia de privato duntaxat jure tractare, Ulpiano Ic. & Justiniano Imperatori propositum fuit. *Addat. Glos. in verb. tripartitum & ad §. ult. h. t. ibiq. Vultejus. n. fin. Vincent, Cabot. variar. jur. disput. c. 1. D. Harpprecht. ad §. 4. h. t. n. 16. tom. 1. Bachov. p. 1. disput. 1. th. 3. lit. B. p. 11. D. Besold. ad l. 1. ff. h. t. n. 19. & in delibat. 19. Lopez. animadvers. jur. c. 7. n. 1. & seqq. Limnæ. d. jur. public. d. libr. 1. c. 1. n. 17. & seq. tom. 1. D. Rümelin. Exercit. 1. th. 5. lit. D.*

DE JURE NATURALI, GENTIVM ET CIVILI,

TIT. II.

Controversia I.

Jus Naturale in animantia bruta cadit.

Summaria.

Definitio juris Naturalis. n. 1.

Philosophi Gentiles Naturam pro Deo accipiebant. n. 2. & 3.

Cujacius putat, in definitione juris naturalis naturam pro Deo poni. n. 4.

Cujus sententia reprobatur. n. 5.

Autoris sententia. n. 6. 7. 8. 9. & 10.

Distinctio

Distinctio inter naturam naturantem & naturatam confutatur. n. 11. 12. 13. 14. & 15.

Quomodo jus naturale in animantia bruta cadat, variae interpretum sententiae referuntur. n. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. & 25.

Autoris sententia. n. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. & 38.

Distinguitur inter ipsum jus naturale & inter usum juris naturalis. n. 39. 40. 41. 42. 43. & 44.

Laurentii Vallae frivola objectioni respondetur. n. 45.

Objicitur: quod bruta injuriam facere haud dicantur. n. 46.

Cui objectioni respondetur. n. 47. 48. & 49.

JUS * Naturale definit Ulpianus in l. 1. §. jus naturale. ff. d. justit. & jur. & Justinianus in pr. b. t. quod Natura omnia animalia docuit. 1.
Naturam * Philosophi Gentiles, inprimis autem Stoici, pro Deo accipiebant & Deum atque Naturam pro eodem ponebant. Nam ita scribit Seneca d. benefic. libr. 4. c. 7. p. m. 83. Natura dicis hæc mihi præstat: non intelligis te cum hoc dicis mutare nomen Deo? quid enim aliud est Natura, quam Deus & Divina ratio, toti mundo & partibus ejus inserta. Et * idem Seneca natural. quæst. libr. 2. c. 45. p. m. 758. inquit: Vis illum fatum vocare? non errabis. Hic est ex quo suspensa sunt omnia, causa causarum. Vis illum Naturam vocare? non peccabis. Est enim ex quo nata sunt omnia, cujus spiritu vivimus? Vis illum vocare mundum? non falleris: ipse est totum quod vides, rotus suis partibus inditus & se sustinens vi suâ. Unde * Cujacius ad d. l. 1. §. 3. p. m. 13. Naturam pro Deo in dictis textibus poni arbitratur: quia Jureconsulti ferè semper Stoicos imitentur: quæ etiam Glossæ est sententia. Verùm * etsi forsan hæc Ulpiani tanquam Gentilis jureconsulti fuerit sententia, attamen Justinianum, qui Christianus fuit Imperator, Ethnicæ hujus fuisse opinionis minimè putandum est. Bartol. hic in pr. n. 1. Itaque Natura * in dd. ll. rectius significat vim illam Divinam, quæ à Deo in ipsa creatione rebus creatis indita est & implantata. Neque * enim Deus, qui creator est & conservator Naturæ, ipsa esse potest Natura: quippe * creator & creatum unum & idem esse non possunt. Idcirco * verba illa Ulpiani & Justiniani: quod Natura omnia animalia docuit, hunc habent sensum: quod illud sit jus naturale: quod Deus ex providentia sua Divina per naturam in prima creatione omnibus animantibus, tam brutis quàm hominibus, impressit & implantavit. Unde * ait antiquus ille Interpres Johannes Faber, in pr. b. t. Justinianum 2.
3.
4.
5.
6.
7.
8.
9.
10.

- nianum *in pr. h.t.* non de Deo sed natura naturata, ut vocat, loquitur quā esse virtutē quandā insitā rebus, ex similibus similia procreantē.
11. Quamvis * verò plerique distinguant inter naturam naturantem & naturatam; tamen distinctio hæc nullo solido fundamento nititur: si * enim ad intimam & summam recurramus Philosophiam, quæ est verbum Dei, certè nullibi in eo reperiemus traditum: quòd Deus natura vocetur, & Deus atque natura pro eodem ponantur. Neque * etiam id ex Hebraico textu colligere licet, secundum quem Deus *אֱלֹהִים* dicitur, quæ prima radix est. Deinde
12. * Deus est suprā naturam, cujus Majestas & potentia infinita, ad longè majora & sublimiora se extendens, quàm mundum creare & conservare; unum igitur & idem cum natura esse non potest. Deus
13. * quidem est omnia in omnibus; non tamen homo est ille cui inest, brutum illud cui inest, lapis ille cui inest.
14. Porro Ulpianus * Ic. & Justinianus Imperator subjiciunt definitioni juris naturalis: jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in cælo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, commune esse. Unde * inquirunt Doctores, quomodo hoc intelligendum sit, cum jus brutis haud tribui posse videatur.
15. Cujacius * *d.l.* definitionem juris Naturalis ita explicat: quòd jus non tantum sit ratio insita à natura ductusq; rationis, sed etiam quod rationi consequens est & proximum, licet ratione non fiat, vel ducatur, vel administretur, sicque proximum juri & rationi jus quodammodo sit. Quod Cujaci⁹ * *in not. ad pr. h.t.* succinctius exprimit, dicens: quod simplici saltem dictante ratione ab hominibus pro jure receptum est, id si & in brutis inclinatione animadvertitur, rectè jus naturale vocari. Cujus sententiæ quoque esse videtur.
16. D. Harpprechtus * *hic n. 2.* ubi tradit: quòd ea quæ homines jure & recta ratione faciunt, si eadem & bruta faciant, sint juris naturalis, quamvis eadem bruta non jure, sed impetu atque impulsu & naturæ admonitione faciant. Unde Accursius * & vulgò Dd. simplicissimè statuunt, Ulpianum & Justinianum verbo juris abusos brutis id attribuisse. Reinhardus Bachovius * sentit: jus brutis haud tribuendum esse: non tam quòd nec ipsa facere injuriam dicantur, quàm potius: quòd inter quos jus est, & æquum & bonum, lex, justitia & societas sit. Interim tamen subdit idem Bachovius: hominem quarundam rerum igniculos habere à ratione, quarun-
17. 18. 19. 20. 21. 22.

quarundam à sensu, in quibus quandam communionē esse homini cum brutis. D. Henricus Bocerus * *p. m. class. 1. disput. 2. th. 5.* dicit : jus solius esse hominis, cum id in bruta animantia non cadat, quæ sensu careant, sicut nec injuria. Similitudinem tamen & simulacrum aliquod hujusce juris in brutis animantibus apparere. Petrus Osterman * *in rational. ad pr. h. t. verb. jus naturale est* rem hanc omnium optimè ita expedire videtur : quod ab Ulpiano & Justiniano instinctus naturæ definiatur, qui instinctus jus sit ratione inclinationis, non ratiocinatione, non ut species juris constituti, quod definiatur ars æqui ac boni; sed ut causa originis, ex qua ars introducta. Ab Ostermanno non longè abire videtur Antonius Faber * *in rational. ad d. l. 1. §. 3. ff. h. t.* statuens : jus naturale in animantia bruta materialiter solum, non formaliter cadere. Georgius Lopezius * *animadvers. 2. n. 18.* eā tenetur sententiā : jus naturale propriè quidem competere animalibus brutis, idemque jus esse naturale competens hominibus & brutis; veruntamen alio modo se habere jus naturale quod ad hominem, ad imaginem & similitudinem Dei creatum.

Verūmenim verò ut nos * quid de hac cōtroversia sentiamus, mentē nostram aperiāmus: sciendum, rem hanc altius repetendam esse, & decisionē ejus ex veris suis principiis desumendā. Postquā * creāset Deus hominem ad imaginē suam, masculū & fœminam, dixit ad eos: crescite & multiplicamini: *Genes. c. 1. v. 28.* quem jussum externè non solum dedit Deus, sed etiam eundem naturæ hominis indidit & implantavit, sicut & omni animanti bruto, ut naturali stimulo ad procreationem sui similis adigatur & urgeatur. Ex * qua creationis historia, tam hominis quā animantium brutorum, Divina elucescit sapientia. *proverb. 8. v. 22. & seqq.*

Ex * Philosophicis principiis notum est: quod, licet homo unam habeat animam, nimirum rationalem; eadem tamen & sensitiva sit ac vegetativa: cum anima gradus suos, diversas sc. facultates habeat. Eandem * sensitivam animam & vegetativam animantia bruta quoque habent. In * homine naturalis illa vis, sive communis ille instinctus, proceandi sui simile & educandi, radicaliter non ab anima procedit rationali quā rationali, sed quā sensitiva; eadem vis igitur cum in brutis à sensitiva procedat anima, quid ni diceremus unum & idem esse illud jus naturale. Si * enim ho-

mo &

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

31.

32.

33.

- mo & animal brutum idem habent genus & commune, scilicet animalis; quid vetabit, quò minùs idem communeque jus naturale
34. habere possint. Hinc * Joh. Faber *ad pr. h.t.* ait: in *pr. h.* non agi de
35. naturali ratione, sed de ipsa natura. Et * Petrus Faber *semestr. libr. 2. c. 1. p. m. 2.* dicit: ea quæ bruta faciunt, nos (quatenus animalia sumus non quà homines) dictante & præcipiente ratione,
36. insitâ nobis à Natura, volentes facere & appetere. Atq; * Rævar-
37. dus *var. c. 1.* tradit: ut jus sit non ex utentium qualitate, sed ex facto æstimandum esse. Sed * & Cicero *libr. 5. d. fin. bon. & mal.* scriptum reliquit: omnium animalium communem naturam esse.
38. Præterea * quòd jus naturale reverà & propriè competat animantibus brutis, colligitur quoque ex definitione Ulpiani & Justiniani, dum definiunt jus naturale esse: quod natura om-
39. nia animalia docuit. Neque * enim impropiè accipienda est rei definitio: siquidem ea essentiam rei exprimere debet. Idque
40. * de mente esse Ulpiani & Justiniani Imperatoris, constat ex ratione definitioni juris naturalis subjecta, dum ajunt: jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quæ in cælo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur, commune esse.
41. Differentiæ * tamè est ratio, non quidè inter ipsum jus, sed inter usum juris naturalis: quòd homines jure naturali utantur ratione, bruta verò impetu quodam, & sine ratione. Nam * ut verè
42. inquit Seneca: *d. ira libr. 2. c. 1. p. m. 44.* animalibus pro ratione est impetus, homini pro impetu ratio. Itaque * in homine jus hoc
43. naturale ratio dirigit, ne homines ita promiscuè se conjungant; cùm naturalis ratio homini innata & ingenita dictet, à quarundam personarum, ut parentum, fratrum & sororum conjunctionibus abstinendum esse, à quibus natura ipsa quasi abhorrere videtur. In
44. * liberorum quoque educatione ratione utuntur homines, quà bruta in educatione pullorum suorum non utuntur. Ipsum jus quidem naturale, hominibus & brutis commune, rationale est, quippe à Divina profectum sapientia; veruntamen bruta id ratione non utuntur, sed homines solùm, ad Dei imaginem creati. Nam ut
45. * D. Thomas *1. 2. quest. 91. artic. 2.* sapienter dicit: bruta Divinâ reguntur ratione, propriam ipsa non habent.
46. Frivolum * autem est, quod Laurentius Valla *libr. 4. elegant. c. 48.* objicit: si procreare & educare sui simile juris sint naturalis, tum

tum edere & bibere quoque ejusdem juris dici posse. Edere enim & bibere non pertinent ad facultatem animæ sensitivæ, sed vegetativæ.

Non * adversatur etiam, quodd bruti injuriam facere haud dicantur, l. 1. §. ait Prætor. 3. ff. si quadrup. pauper feciss. dicat. l. sed etsi 5. §. 2. d. t. & idè juris expertia esse videantur. Etenim * nemo dixerit, omnis juris participes esse bestias, sed illius solùm juris naturalis, quod non à ratione subjecti cui inest jus illud, sed à sensu proficiscitur. Illud * verò jus naturale quod à sola ratione procedit subjecti cui inest, quod Dd. jus Gentium primævum appellitare solent, sicut & jus Gentium secundarium, atque jus Civile in animantia bruta non cadunt, neque iis attribui possunt. Cùm * igitur injuriæ vindictio à legibus Civilibus sit introducta; adversus animantia bruta dari non poterit, sed actio, si quadrupes pauperiem fecisse dicetur, si damnum datum fuerit, adversus dominum quadrupedis, locum habebit. r. r. ff. & Instit. si quadrup. pauper. feciss. dicat. Ad-dat. Alberic. Gentil. 3. lect. 1. Lorient. d. jur. art. tr. 10. axiom. 3. Sneiderwin. ad h. t. n. 1. & seqq. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 1. c. 6. lit. G. & c. 7. lit. B. Ungepaup. Exercit. 2. q. 1. Coras. d. jur. art. c. d. jur. natural. Forcat. Dialog. 77. n. 3.

47.

48.

49.

50.

Controversia I I.

Distinctio juris Gentium in primævum & secundarium in jure nostro fundata est.

Summaria.

- Ius Naturale à Dd. in primævum & secundarium distinguitur. n. 1.
- Utriusq; definitio. n. 2. 3. 4. 5. 6 & 7.
- Ius Gentium quoq; à Dd. in primævum & secundarium distinguitur. n. 8.
- Primævum quid sit. n. 9.
- Deus Ius Gentium primævum hominibus manifestavit. n. 10.
- Omnes Gentes Deum esse opinantur n. 11.
- Exempla juris Gentium primævi n. 12.
- Ius Gentium secundarium quid sit. n. 13.
- Cujus exempla referuntur n. 14.
- Hanc juris Gentium distinctionem ipsa ratio adstruit. n. 15.
- Ius Gentium primævum & secundarium origine & effectu inter se differunt. n. 16. 17. 18. & 19.

Iudicio carent illi, qui distinctionem hanc non ferunt. n. 20.

Distinctionis nomen ex re ipsa fluit. n. 21. 22. & 23.

Obiectio. n. 24.

Responsio. n. 25.

Sententia nostra à Dd. communiter approbatur. n. 26.

1. **J**US Naturale* vulgò Doctores duplex constituunt primævum &
2. secundarium. Schneidevvin. *ad tit. h. n. 1. & seqq.* Primævum* est,
3. quod Natura omnia animalia docuit, de quo *in controuv. preced.* egi-
4. mus; secundarium* verò: quod naturalis ratio inter omnes ho-
5. mines constituit. *l. omnes populi 9. ff. d. justit. & jur. §. 1. h. t.* quod* di-
6. vinâ quâdam providentiâ constitutum est: §. *sed naturalia 11. h. t.*
7. quod* cum genere humano proditum: *l. 1. ff. d. acquir. rer. domin.*
8. quod* apud Gentes peræquè observatur, *d. l. 1. &* quod* semper
9. æquum ac bonum est. *l. jus pluribus ff. d. justit. & jur.*

10. Sicut* autem Doctores jus naturale in primævum & secun-
11. darium distinguunt; ita quoque jus Gentium. Jus Gentium* pri-
12. mævum est illud ipsum jus naturale secundarium, hominibus pro-
13. prium, de quo modò diximus: * quod à Deo manifestatū est & cor-
14. dibus hominum inscriptum, ut sciamus Deum esse: *Epistol. ad Ro-*
15. *man. 1. v. 19.* Deus enim hoc nobis manifestavit, ut Cicero *libr. 3. Tu-*
16. *sculan. quæst.* dicat: nullam Gentem* tam feram esse, neminem om-
17. nium tam immanem, cujus mentem non imbuerit Deorum opinio.
Et* *in l. 2. ff. d. justit. & jur.* hujus juris Gentium primævi ut ex-
empla referuntur: ergà Deum Religio, & ut parentibus ac patriæ
pareamus.

18. Jus Gentium* secundarium est: quod Gentes necessitate
19. humanâ exigente sibi constituerunt. §. 2. *h. t.* Cujus* exempla
recensentur *in d. §. 2.* bella, captivitates, servitutes & omnes penè
contractus.

20. Exinde evidenter constat: duplicitem juris Gentium adeo-
21. que rem ipsam in jure nostro optimè fundatam esse. Quam &* ra-
22. tio ipsa adstruit: quòd quædam à primæva natura insint homini,
23. quædam à Gentibus ex necessitate vel ob evidentem utilitatem con-
24. sensu hominum introducta sint. Atque* distincta esse jus Gen-
25. tium primævum & secundarium, exinde patet: quòd* origine &
26. effectu haud convenient. Primævum* non opinio genuit, sed
27. certa scientia impressit: quòdque humanæ Gentes naturali ratione
&

& melioris Diviniorisque naturæ quodam præcepto peræque observatur. Aliud * verò est jus Gentium posterius, quod naturalis ratio ratiocinando inter homines constituit, §. 4. h. t. hocque non primum principium ut illud, sed conclusum ac discursu quodam practico constitutum est. Besold. in delib. ex libr. 1. pandect. delib. 6. Ideoque * primævum est rationis; secundarium verò ratiocinationis. Wefenbec. ad §. 4. h. t.

Quæ * sanè juris Gentium distinctio, ut ex antè dictis perspicuum est, ita in jure & rationis evidentia fundata est, ut Reinhardus Bachovius ad §. 2. n. 3. h. t. dicat: iudicio carere eos, qui eam tam evidenti ratione subnixam non ferunt.

Distinctiois * nomen quod concernit, licet in jure expressè scriptum non reperiatur; tamen ex re ipsa quasi fluit, ipsique rei convenientissimum est. Nam * à Constitutionis ordine partim desumptum est illud, partim verò à præstantia juris Gentium. Et quidem primævum dicitur, quasi primo ævo natum, secundarium verò quasi secundario sive secundo loco constitutum. Vel * secundarium ita indigitatur: quòd primævum secundario præstantius sit: siquidem primævum est ipsum jus naturale, à Deo manifestatum, & cordibus hominum inscriptum; secundarium verò, quod hominum sanctione introductum est. Sicut igitur jus illud naturale præstantius jure Civili; sic etiam jure Gentium secundario præstantius est.

Non * adversatur, quòd jus Gentium primævum sit ipsum jus naturale secundarium, ideoq; rectius vocetur jus naturale. Etenim * ipsæ leges jus hoc naturale jus Gentium appellitant, & quidem ad differentiam juris naturalis primævi, hominibus cum animalibus brutis communis, quasi quo jure omnes & solæ Gentes utantur.

Atque * hanc juris Gentium distinctionem approbant Dd. communiter. Bartol. & Dd. in l. si quod 64. ff. d. condict. indebit. Ari. Pinell. ad rubric. C. d. rescind. empt. vendit. p. 1. n. 11. & seqq. Schneidevvin. ad §. 1. h. t. n. 3. & seqq. Donell. 1. commentar. c. 7. Duaren. ad h. t. ff. d. justit. & jur. c. 5. D. Bocet. class. 1. disput. 2. th. 11. & 12. Wefenbec. ad §. 4. h. t. Treutler. p. 1. disput. 1. th. 4. lit. D. ibiq; Bachov. & ad lit. B. Forster. disput. 1. th. 33. Arumæ. Exercit. 1. th. 14. Matth. Stephan. de princip.

jur. 6. 10. n. 3.

Controversia III.

Scriptura de substantia legis non est.

Summaria.

Distributio juris in scriptum & non scriptum. n. 1.

Origo hujus distributionis. n. 2.

Spartanorum leges non scriptæ reverà leges erant. n. 3.

Idemq; Romæ olim fuit. n. 4.

Hodiè ad substantiam & essentiam legis scriptura non requiritur. n. 5. 6. 7. & 8.

Distributionis juris in scriptum & non scriptum vera ratio non à scriptura sed à consensu desumenda est. n. 9. & 10.

Respondetur ad §. 9. & 10. h. t. & l. 6. §. 1. ff. d. justit. & jur. n. 11. & 12.

Sententia nostra à Dd. recepta est. n. 12.

1. **I**mperator Justinianus * in §. 3. h. t. & Ulpianus JC. in l. jus Civile §. 1. ff. d. justit. & jur. distribuunt jus in scriptum & non scriptum.
2. Cujus distributionis * originem Imperator in §. & non ineleganter 10. h. t. ab Institutis duarum Civitatum, Athenarum sc. & Lacedæmoniorum fluxisse dicit: Spartani enim ea quæ pro legibus observari volebant, memoriæ mandabant. Athenienses verò, ea quæ in legibus scripta comprehendissent, custodiebant. Ergò * Spartanorū quæ Lycurgus, eis, dabat sancita leges reverà erant, licet non scriberentur. Idemque * Romæ olim fuisse, ex Dionysio Halicarnass. probat Bachovius: ad §. h. 3. n. 5. nimirum Romulum leges tulisse non scriptas, quas nemo nisi stolidè consuetudinem dicere possit.
3. Itaque nec * hodiè ad substantiam & essentiam legis requiritur scriptura: idque ex l. de quibus 32. §. 1. ff. d. legib. colligi potest: secundum cujus sententiam ad substantiam legis hoc solum requiritur, ut expresso consensu constituta sit. Nam * sicut consuetudo est, quæ tacito populi consensu introducitur; ita & à contrario lex erit, quæ expresso consensu lata, licet in scripturam redacta non sit. Est igitur * legis essentielle & substantiale requisitum expressa sanctio, expressa voluntas & consensus, l. 1. ff. d. constit. princip. sicut consuetudinis tacita introductio, tacita voluntas, tacitus consensus. Quemadmodum etiam * consuetudo in scripturam redacta non desinit esse sed manet consuetudo; ita etiam à contrario

rio lex reverà lex est, si expressa lata consensu, licet in scripto comprehensa non sit.

Et ergò vera distributionis ratio juris in scriptum & non scriptum non à scriptura, sed à consensu, qui vel expressus vel tacitus desumenda erit. Etenim * in §. 3. h. t. & d. l. jus civile 6. §. 1. ff. eod. tit. distributionis ratio non à differentia specifica, sed accidenti desumpta est. Quomodo sanè nobis haud obstabunt d. §. 3. 9. & 10. h. t. d. l. 6. §. 1. ff. eod. t. Ad quos textus * responderi etiam posset: respicere eos id, quod plerunque accidere adsolet, non quòd lex præcisè & semper in scripturam redigi debeat.

Ideò * verò in legum sanctione intervenire solet scriptura, quòd facilius in notitiam populi pervenire possit lex, si in Scripturam redigatur: scriptura enim ad expeditiorem legis cognitionem facit, quam ideò Dd. necessarium legis adjunctum esse volunt.

Et hæc est * communis & recepta Interpretum sententia, quam tuerentur Bartol. & Bald. in l. humanum 8. C. d. legibus in fin. Jacob. d. Ravenn. ad l. 1. C. quæ sit long. consuet. Sebastian Medic. in tract. t. d. legibus p. 3 q. 11. n. 6. & seqq. Vultej. d. feud. libr. 1. c. 1. n. 10. W. esenbec. ad tit. C. d. legib. n. 5. Donell. 1. comment. c. 13. Schrad. d. feud. p. 9 pr. p. 2. sect. 3. n. 116. & seq. Treutler. p. 1. disput. 1. th. 5. lit. B. ubiq. Bachov. Connan. comment. lib. 1. c. 7. n. 5. Hackelm. illustr. & select. quest. disput. 1. th. 6. lit. A. D. Lanf. in dissertat. d. legibus in appendic. th. 10. Ungepaup. Exercit. 1. q. 6. Arumæ. Exercit. 1. th. 16.

Controversia III.

Lex Regia sub Imperatore Augusto lata est.

Summaria.

Status Imperii Romani, ab initio conditæ Urbis Romæ, usque ad C. Julii Cæsaris tempora: n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

C. Julius Cæsar Dictatoris nomen sibi delatum perpetuò sumpsit, aliâq; multa Tyrannica fecit. n. 7.

Quâ ratione multorum odium & invidiam sibi conflavit. n. 8.

Cæsar à Cassio, Bruto & aliis 23. vulneribus confossus miserè periit. n. 9.

Cæsare interfecto Triumviratus institutus fuit, qui ad M. Antonium, C. Octavianum Augustum & Marcum Lepidum pervenit. n. 10.

Qui mutuis bellis se exercuerunt, donec Lepidus Triumviratu motus & relegatus, atque Antonius devictus fuerit. n. 11.

- C. Octavius Augustus sublato Antonio solus rerum potitus est. n. 12.
 Augustus cum Mœcenate & Agrippa deliberat, num deponere debeat Imperium, num retinere. n. 13.
 Augustus Mœcenatis Consilium, suadentis ut retineret Imperium, sequitur. n. 14.
 Augustus astutiâ & callidâ oratione ad Senatum habitâ, se Imperium depositurum simulat. n. 15 & 16.
 Quâ arte effecit, ut ei Imperium confirmaretur. n. 17.
 Augustus divisionem Provinciarum fecit, inferiorum gubernationem aliis attribuendo, potentiorum verò sibi retinendo. n. 18.
 Augustus decennale Imperium in suas provincias suscepit. n. 19.
 Augusto occasio stabiliendi Imperii non defuit. n. 20. & 21.
 Quâ occasione uti sciebat. n. 22.
 Augustus, conservare Imperium, omni studio nicebatur. n. 23. & 24.
 Status præsentis controversiæ n. 25.
 Lex Regia non à causa efficiente dicitur, sed ab effectu. n. 26.
 Quam potestatem populus Romanus Principi concesserit. n. 27.
 Quid significant verba illa, *Ei & in Eum in l. 1. ff. d. legib.* & §. 6. l. r. posita. n. 28.
 Per legem Regiam jus publicum Romanum penitus sublatum non fuit. n. 29. 30. & 31.
 Majestas personalis in Principem à populo Romano collata fuit, realis verò retenta. n. 32.
 L. Regia reverà lata est. n. 33. & 34.
 Origo ejus à Principum Romanorum Monarchia repetenda est. n. 35. 36. 37. & 38.
 Lex Regia sub Cæsare Augusto primitus lata. n. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. & 48.
 Mynsingeri sententia refutatur. n. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. & 56.
 Arnoldi Clapmarii sententia, statuentis, L. Regiam ante Vespasiani tempora nullam fuisse, refutatur. n. 57. 58. 59. 60. 61. & 62.
 L. Regia à singulis Imperatoribus renovata est. n. 63.
 Sententia nostra à Dd. communiter comprobatur. n. 64.

1. **A**B initio * conditæ Urbis Romæ à Romulo omnia manu Regiâ gubernabantur, qui status ad Tarquinii usque Superbi tempora duravit. Ejectis * Regibus L. Brutus Consulatum instituit, ita ut Imperium Romanum singulis annis per Consules gubernari cœperit, penes quos summum jus uti esset, lege rogatum.
- 2.
3. Populo * deinde aucto cum crebra essent Romanis cum finitimis inprimis bella, & re interdum ita exigente, Dictatores quoq; constituti sunt, quem Magistratū, quoniam summam habebat potestatem, ultra sextū mensem retinere fas non erat. lisdem * temporibus cum plebs armata à patribus in Montē Sacrum secessisset, Ann. Flor. Roman. hist.
- 4.

hist. l. 2. c. 23. p. 34. Tribuni Plebis creati sunt, qui plebeji essent Magistratus. Et cum placuisset leges quoque ferri (quippe antè incerto utebatur jure populus Romanus) latum est ad populum, ut omnes se abdicarent Magistratus, * Decemviris uno anno constitutis: qui deinde potestatem hanc sibi prorogantes & injuriose tractantes Regios Fasces Regio quodam furore retinebant: *Flor. l. 1. c. 24.* quæ tamen potestas ultra biennium non valuit. *Cornel. Tacit. annal. l. 1.* Postea cum post aliquot annos, quàm leges 12. Tabular. latæ, plebs cum patribus contenderet, volens ex suo quoque corpore Consules creari, factum est, ut Tribuni * Militum partim ex plebe partim ex Patribus Consulari potestate crearentur: *l. 2. §. post originem 13. & mult. seqq. d. Orig. jur.* quod Consulare jus nec diu valuit, *Tacit. d. l.*

Sanè * C. Julius Cæsar post inceptum bellum Civile, cum de Hispania Sexto Pompejo victo, triumphasset, Dictatoris nomen delatum perpetuò sibi sumpsit, solus rerum potitus, arbitrato suo Senatum constituit, alios honores ac publica munera propè solus est elargitus, aliaque multa planè Tyrannica fecit. Nec eam, quam obtinuerat hactenus potestatem, penè Regiâ contentus; titulo quoque Regio ac Diademate insigniri ambiit. *Sigon. in Fast. sub Ann. urb. 709.* Unde * multorum sibi odium & invidiam conflavit, ut quinto * post mense, quàm Romam ingressus, Idibus Martiis in Curia Pompeja à Cassio & Bruto, aliisque, quos sibi recenti devinxerat beneficio, 23. vulneribus confossus, repentinâ & planè cruentâ morte perierit. *Appian. d. bell. Civil. libr. 2. Plutarch. & Sueton. in Cæsar.*

Interfecto Cæsare Triumviratus * Reipublicæ constituendæ institutus fuit, qui ad Marcum Antonium, C. Octavium Augustum, Cæsaris ex sorore nepotem, & Marcum Lepidum pervenit. Hi * mutuis bellis se exercuerunt, donec tandem Lepidus Triumviratu motus & relegatus atque Antonius devictus fuerit. Itaque Octavius * Augustus, ne Dictatoris aut Regis nomen assumeret (quæ nomina populo minùs grata esse Syllæ & Cæsaris exemplo edoctus erat) reperit, vim Principis eaque omnia, quæ Principatum firmant reverà, vehementer amplexus; nomen quamvis respuerit. *Tacit. libr. 1. & 3. annal. ibiq.* Annibal Scot. *Buleng. d. Imper. Roman. libr. 1. c. 19.* *Befold. polit. c. 5. n. 6. in explicat.* Cum etiam animadverteret Augustus Triumviri nomen odiosum esse cœpisse, quò magis sibi

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

- sibi firmaret Imperium & stabiliret, & ut id non ab invitis sed volentibus accepisse videretur, optimè sciens in volentes firmitus esse Imperium quàm in invitos, rem * cum Mœcenate & Agrippa deliberavit; num Imperium deponere deberet populo num retinere. Agrippæ consilium fuit ut id deponeret, Mœcenatis ut retineret. In Mœcenatis * autem sententiam descendit Augustus, ut retineret Imperium, quod in manibus haberet, sed tamen cautè id ageret. Itaque 7. Consulatum gerens, cùm ad id studiosissimum quemque sui ex Senatoribus sibi conciliasset, astutam * & callidam orationem, quâ se Imperium deponere simulavit, ad Senatum habuit, Imperium hisce verbis deponens: *Imperium omne depono, restituo vobis omnia protinus, arma, leges, provincias: neq; ea tantum quæ mihi commisit, sed hæc etiam omnia, quæ ego vobis deinde paravi.* Quâ * oratione Senatorum animos ita affecit & commovit Augustus, (quamvis nonnullis astutiam hanc olfacientibus) ut frequenter adhuc ei dicenti occlamarent, multisq; verbis omnes sint precati, ut solus Imperii summam gereret, atque multis adductis persuaderent argumentis, tandem eò compulerunt, ut principatum solus obtineret. Hæc * arte Cæsar, cùm se velle Imperium deponere simulasset, effecit, ut ei à Senatu populoq; confirmaretur. Dio *Historiar. Roman. l. 53. p. m. 496. & seqq.*

- Quo magis verò suspicionem à se affectatæ Regiæ potestatis removeret Augustus, divisionem * Provinciarum non solum fecit, infirmiorum gubernationem aliis attribuendo & potentiorum sibi retinendo; sed & * Imperium in suas provincias decennale suscepit, quo exeunte aliud quinquennium, post decennium aliud iterum decretum: ita ut continuatis decenniis per totam vitam Imperii summam obtineret. Dio. *d l.*

- Occasio * autem adipiscendi & stabiliendi Imperii non defuit Augusto, quam in primis in Imperiis firmandis & adipiscendis attendere solent ii, qui Imperii summam affectant. Nam, * ut Tacitus *libr. 1. annal.* scribit, Augustus ab initio Tribunitio jure contentus, ubi militem donis, populum annonâ, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia Senatus, Magistratum, legum in se trahere nullo adversante: cùm ferocissimi per acies aut proscriptionem cecidissent; cæteri Nobilium, quantò quis servitio promptior, opibus & honoribus extolleretur. Ac novis ex rebus aucti

auēti tuta & præsētia, quā vetera & periculosa mallent. Neq; Provincia illum rerum statum abnuebant, suspecto Senatus populiq; Imperio. Quā sane * occasione Augustus pro singulari prudentia sua uti sciebat, quæ ipsi Imperium, quod in fatis erat, detulisse videtur.

22.

Sed * & id conservare omni studio nitebatur, & in hoc omnes curas intendebat maximè, quod ei ex voto cessit. Compertum * enim erat ei, in acquirendo atque amplificando imperio fortunam quidem sive occasionem multum posse; at conservationem Imperij merum excellentis cujusdam ingenii & virtutis esse opus. Casp. Ens in schol. polit. cl. 1. c. 5.

23.

24.

Verū enim verò * ut ad decisionem controversiæ nostræ veniamus, quo tempore & sub quo Imperatore famosissima illa Lex Regia lata, de qua in §. sed & quod Principi placuit 6. & in l. 1 ff. d. constit. Princip. de hoc magna Politicos & Jureconsultos manet contentio. Præmittendum autem L. Regiam * dici, non à causa efficiente, ut leges à Romulo latæ, de quibus in l. 2. §. postea 2 ff. d. O. 1. & l. negat 2. ff. d. mort. inferend. sed ab effectu; quæ lex Imperii primitus appellata, in l. ex imperfecto 3. C. d. testament. quasi de Principis absoluto Regioque Imperio scripta & prolata.

25.

26.

Est verò potestas * hæc, quam Principi concessit populus, ut solus Princeps jus haberet ac potestatem, Magistratus creandi, leges ferendi & de bello decernendi. d. l. 1. & §. 6. l. fin. C. d. legib. l. 2. §. novissimè 11. ff. d. O. 1. l. 1. ff. d. offic. Præfect. Prætor. l. 1. ff. d. leg. jul. d. ambit. l. 3. C. ad L. jul. Majestat.

27.

Verbis * autem istis ei & in eum, in d. l. 1. & §. 6. positis, hic continetur sensus: quasi dicat Imperator Justinianus & Ulpianus: non modò populum hæc lege potestatem contulisse Principi generaliter in alios, putà milites, hospites, socios &c. sed in se quoque: adeoque positum esse relativum eum pro reciproco se, ut interpretatur Theophilus & Matth. Wesenbec. hic n. 2.

28.

Nemo * tamen putârit, per legem hanc Regiam jus publicum Romanum sublatum fuisse & in Principem penitus translatum, quā sententiâ tenetur Jacobus Rævardus. 5. varior. c. 12. Etenim * per legem hanc Regiam mutatum quidem fuit jus publicum, non tamen prorsus sublatum. Et * quidem personæ potius intuitu mutatum fuit illud, scilicet postquam populus Roma-

29.

30.

31.

32. nus jus publicum in fide Principis ac Religione, non quidem per-
dendi animo sed custodiendum deposuit. Francisc. Duaren. *ad tit.*
d. constit. Princip. c. 1. p. m. 9. Besold. *ad l. 1. ff. d. justit. & jur. & in templ.*
justit. n. 70. Vincent. Cabot. *lib. 1. c. 1. & lib. 8. c. 1.* Marc. Lyclam.
7 *membran. E. l. 8.* Dominic. Arumæ. *Exercit. 1. th. 12.* Majestas * igitur
personalis in Principem à populo fuit collata, realis verò reten-
ta. Besold. *in discurs. d. monarch. c. 3. n. 4.*

33. Unde autem originem suam duxerit L. Regia, & sub cujus
Imperatoris Imperio lata, quæ est principalis controversia nostra,
præmissis iis quæ diximus hætenus dilucidius constare poterit. Et
sanè reverà * latam esse L. Regiam, contrà quàm sentit Franci-
scus Connanus & Vultejus; stabilitur ex §. *h. 6. l. 1. ff. d. constit. Prin-*
cip. in quibus textibus traditur: populum Romanum omne jus su-
um & potestatem in Principem transtulisse. Et * ex textu §. *sed &*
34. *boc studium 7 d. concept. Digest.* ubi ait Justinianus Imperator: quòd
lege Antiquâ, quæ Regia nuncupabatur, omne jus omnisque pote-
stas populi Romani in Imperatoriam translata sit potestatem.

35. Quamvis * verò de nomine L. Regiæ in historiis nihil videat-
ur proditum; tamen rem ipsam in antiquitatum & Historicorum,
fide dignorum, monumentis invenire licet: ut velex solo Dione
d. l. 53. constare potest. Ex cujus loco, sicut & antè adductis juris
36. textibus patescit: Originem * L. Regiæ à Principum Romano-
rum Monarchia repetendam esse.

37. Non est igitur * L. Regia jus Regium Samuelis, *lib. 1. c. 8. v. 25.*
38. ut patet Vultejus: *ad §. h. 6. n. 5.* neque * etiam Lex Regiæ à Re-
gibus Romanis lata, ut vult Cujacius & D. Harpprechtus: *hic n.*
39. *14.* cum * ejectis Regibus omnes Regiæ leges à Romulo & aliis Re-
gibus latæ antiquatæ fuerint. *l. 2. §. exactis 3. d. O. 1.*

40. Sub Cæsare * Augusto autem sæpè dicta Lex Regia primitus
lata est, veluti suprà ex Dione rem ipsam perspicuè satis demon-
41. stravimus. Nam ut * Tacitus *lib. 1. annal.* scribit: Unus & solus
videtur Augustus esse, qui cuncta discordiis civilibus fessa nomine
42. Principis sub Imperium accepit. Hic * enim fallaciâ & politicâ
sophisticatione singulari exosum Regis nomen abhorruit semper,
rem interim avidissimè amplectebatur, & ut populus ad Imperium
sibi spontè tradendum adigeretur, summâ laboravit diligentia, ita

ut

ut tandem voti sui compos factus fuerit. Besold. in Oicon. ad tit. 3. & 4. l. 1. pandectar. n. 8. & 9.

Comprobat * etiam sententiam nostram fragmentum L. Regiæ, sub Vespasiano Imperatore repetitæ, quod adhuc hodie in Basilica Lateranensi æneæ Tabulæ incisum conspici licet, in quo nullius ante Augustum Imperatoris mentio fit, ut referunt Onusfr. in Comment. in libr. 2. Fastor. & Anton. Augustin. de Legibus sub lit. R. Quod * fragmentum Justus Eckardus in tract. d. L. R. p. 29. descripsit, ubi affirmat, in eo identidem hæc ingeminari verba: *ut licuit Divo Augusto, Tib. Cesar. August. Tib. Claudio, Cesari August. Germanico. &c.* Eademq; * verba ex libr. Epigrammat. Roman. refert Tiberius Decianus resp. 19. n. 124. vol. 3. ubi ait: in ipso fragmento hæc addi verba: *utiq; ante hanc legem rogata, acta, gesta, decreta, imperata ab Imperatore Cesare Vespasiano, Augusto, jussu, mandatove ejus à quoq; sunt ea, perinde jura rataq; sint, ac si populi plebisve jussu acta essent.*

Accedit * ad confirmationem sententiæ nostræ l. apud eum 14. in fin. ff. d. manumiss. ubi L. Regia Augusti Lex dicitur: eodemque sensu in l. unic. C. d. caduc. tollend. privilegium Augustum appellatur. Malè igitur ad h. l. 14. responderit quis, eam non de L. Regia, sed alia quapiam lege ab Augusto lata, exaudiendam esse. Etenim d. l. 14. & d. l. unic. §. 14. de lege illa agunt, quâ à legum solennium vinculis solutus est Imperator, quæ verissimè est illa L. Regia, de qua impræsentiarum agimus.

Sed * & pro stabilienda opinione nostra solida facit hæc ratio: quòd omnes Historici & Politici fide digni affirmant: sub Cesare Augusto quartam cœpisse Monarchiam. Johann. Naucler. in Chronograph. vol. 2. generat. 1. p. m. 418. Fieri autem aliter non potuit, nisi ut Regia Lex simul cum hac Monarchia cœperit: siquidem * L. Regia basis & fundamentum quartæ Monarchiæ esse videtur: cum * potestatem & Majestatem populi Romani ad se rapere sibi que appropriare haud potuerint Imperatores, absque lege aliqua lata, nisi quis Tyrannidem pro Majestate ac Monarchia accipere velit.

Quibus sic stabilitis corrui * Joachimi Mynsingeri sententia, in §. 6. h. t. originem L. Regiæ ad C. Julium Cæsarem referentis: quamvis * enim Regiâ potestate usus fuerit Cæsar eamq; sibi sumperit; tamen ea illegitima fuit & tyrannica, nec lege aliquâ confir-

- matâ, quod exitus deinde comprobavit. Postquàm * reversus in Urbem esset Cæsar, populus quidem ei magnos detulit honores, & Dictaturæ potestatem, quam sibi perpetuò sumpsit; veruntamen ea precaria & ad placitum populi erat, non eo fine ipsi delata, ac si omnem Majestatem à se abdicare populus & exuere atque in Cæsarem conferre voluerit: quibus * honoribus uti nesciebat Cæsar, qui ipsum in altam superbiam converterunt & tandem in extremū exitium præcipitârunt. Cæsar * quidem nomen Regium respuere videbatur simplicioribus; sed tamen prudentioribus firma dabat argumenta, in speciem hoc ab eo fieri, & Regium Dominatum verè affectare ac usurpare. Contra verò * Augustus nomen Regium non solùm, sed & rem ipsam averfari videbatur: dum & deponeret Imperium & in decennium compulsus susciperet atq; id sibi subinde renovari voluerit. De * Cæsare ita scribit Dio Cassius: *histor. Roman. libr. 44. p. m. 243.* initio honores Cæsari detulerant Romani, cùm animo moderato iis usurum existimarent: postquam hisce eum gaudere (perpaucos enim non admiserat) sentirent, identidem alios aliosq; ultrà modum accumulaverunt: alii studio adulandi eum nimio, alii eum obtrektionibus exponerent, quippe inventi sunt, qui potestatem ipsi cum quibuscunq; vellet fœminis rem habendi permitterent. Hactenus Dio. Etsi verò * Mynsingeri sententiam ante annos aliquot in *Exercit. jur. public. 1. q. 4.* secuti fuerimus; tamen melioribus & solidioribus rationibus edoctos nos haud pudebit eam derelinquere, & veritatis amore veram amplecti sententiam. Nam * ut ait Pomponius J.C. in l. apud Iulianum 20. ff. d. fideicom. libert. etsi alterum pedem in tumulo haberemus; tamen aliquid addiscere non pigeret. Sententia nostrâ sic firmatâ & stabilitâ, subvertitur quoque * Arnoldi Clapmarii sententia, d. arcan. *Rerum public. lib. 2. c. 15. p. m. 65.* statuentis: L. Regiam ante Vespasiani tempora nullam fuisse, vel si fuerit, aut emendicatam esse, aut vi extortam. Tametsi * enim Regiam potestatem habuerit Augustus; tamen uti eâ sine consensu, approbatione & confirmatione populi noluit. Neque * etiam illud Imperium emendicatum dicendum, quod quis propriâ virtute, industriâ atque suffragatione populi tenet: licet primores & populum in eo confirmando studiosos sibi fecerit. Sed & * laceratus, dissipatus ac miser Imperii status unum efflagitavit Principem, cujus

cujus virtute & solertiâ Imperium labefactatum erigeretur : quod non solum exteris bellis ; verum etiam civilibus motibus agitatum & adhuc dum implicatum, ruinam sui ex se producere videbatur : non aliter ut ferrum rubiginem ex se producit , quâ consumitur , & fructus maturi vermiculos, à quibus comeduntur. Nam * de hoc ita scribit Florus *Rom. hist. l. 2. c. 19. circ. pr.* Reliqua secula ut grandia æquè ita vel magis turbida & fœda, crescentibus cum ipsa magnitudine Imperii vitiis. Et *circ. fin.* ait: Deniq; in se conversus populus Romanus Marcianis atq; Syllanis, novissimè Pompeji & Cæsaris manibus quasi per rabiem & furorem & nefas semet ipse laceravit. Unde * ingenuè fatetur idem Florus: *hist. Roman. l. 4. c. 3. p. m. 140.* gratulandum esse in tanta perturbatione, quod potissimum ad Octavium Cæsarem Augustum summa rerum redierit, qui sapientiâ & solertiâ perculsum undiq; & perturbatum ordinavit Imperii corpus, quod ita haud dubiè nunquam coire & consentire potuisset, nisi unius Præsidis nutu quasi animâ & mente regeretur.

Cæterum L. Regiam singulis Imperatoribus renovatam fuisse à populo Romano, exprimendo singulis, quam illis conferret potestatem; in suprâ adducto fragmento videre licet, & testatur Decianus, *d. Consil. 19. n. 124.*

Et hæc est communis Dd. sententia, quam amplectuntur Didacus Covarruvias *præcticar. question. c. 1. n. 3.* Eguinar. Baro *add. l. 1. ff. d. constit. Princip. & ad l. 2. in fin. ff. d. O. I. Excellentis. D. Lans. d. L. Reg. th. 41.* D. Besold. *d. l. & in discurs. d. Monarch. c. 4. n. 5.* Wesenbec. *in w. ad tit. d. constit. princip. n. 1.* Arumæ. *Exercit. 1. th. 18.* Bachov. *hic n. 1. & ad Treutler. p. 1. disput. 1. th. 6. lit. A. & B. p. 28.* Ungepaur. *Exercit. 2. q. 4.*

Controversia V.

Principis interlocutio vim legis obtinet.

Summaria.

Quid Constitutio sit. n. 1.

Quid Epistola sit. n. 2.

Species Constitutionis quæ sint. n. 3.

Quid sit Epistola. n. 4.

Quid Edictum. n. 5.

Quid mandatum. n. 6.

Quid oratio sit. n. 7.

Quid Decretum. n. 8.

Quid interlocutio. n. 9.

Interlocutio vim legis regulariter non obtinet. n. 10.

Adversatur §. 6. h. t. & l. 1. §. 1. ff. d. constitut. Princip. n. 11.

Francisci Connani sententia reprobat. n. 12. 13. 14. & 15.

Francisci Duareni responsio ad obiectos textus rejicitur. n. 16. 17. & 18.

Sicut & Bachovii solutio reprobat. n. 19. 20. 21. 22. & 23.

Vera obiectorum rextuum solutio. n. 24.

Rescriptum quoque Principis vim legis generalis non habet. n. 25.

Quibusdam incasibus interlocutio vim Legis generalis obtinet. n. 26.

1. **I**mperator Justinianus in §. 6. h. t. ait: * quodcunque Imperator per
Epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel Edicto præce-
pit, legem esse. Et Ulpianus in l. 1. §. 1. ff. d. constit. princip. dicit:
2. * Legem etiam esse, quod de plano interlocutus est Princeps.
3. Quodcunque * igitur jus constituit Imperator, generali nomine
constitutio appellatur. Cujus species sunt Epistola sive Rescriptum,
Edictum, Mandatum, Oratio, Decretum & Interlocutio.

4. Epistola * five Rescriptum est responsum Principis, ad pre-
ces consulentium datum. Cujac. in x. C. d. precibus Imperat. offe-
rend. Edictum, * quod Princeps vel proprio motu, vel ad suggestio-
nem alicujus constituit & publicè observandum proponit. Theo-
phil. hinc Mandatum * est præceptum & monitum à Principe cer-
tis personis datum: ut Præsidibus, Procuratoribus. Aut jussio Co-
mitibus Consistorianis, vel Tributariis, vel referendariis Palatii, ad
Provinciarum Præsides perferenda data. l. 1. & 2. C. d. Mandat.
7. Princip. Novell. 17. & 113. c. 2. Oratio * dicebatur olim, quæ in Se-
natu per Quæstorem recitabatur, ut in sententiam ejusdem Sena-
tus consultum fieret. l. 3. C. d. legibus. l. 8. pr. ff. d. transact. Decre-
8. tum * est sententia Principis causâ cognitâ, inter duos prolata. d. l.
1. §. 1. ibi, vel cognoscens decrevit. & §. 6. h. t. ubi Theophil. Interlo-
9. cutio * est sententia Principis non definitiva, sed interlocutoria,
de plano prolata. l. 3. ibi, interlocutionibus. C. d. legibus. d. l. 1. §. 1.
Just. Mejer. in colleg. Argentorat. libr. 1. tit. 4. th. 11. & seqq.

De qua Interlocutione controversi hinc solet in primis inter In-
terpretes nostros: an & quomodo vim legis obtineat. Quod regu-
lariter

pariter * negandum esse statuimus : per text. in l. 2. & 3. C. d. legib. ubi constituunt Imperatores : quæ nam leges pro generalibus habendæ, & ab iis segregant atq; excludunt Interlocutiones, in causis singularibus prolatas, iis præjudicium aliis causis fieri prohibentes.

Cui sententiæ * apertè contradicere videtur §. 6. h. t. & d. l. 1. ff. d. Constit. Princip. ubi constitutio Principis & Interlocutio etiam de plano facta vim legis habere, generaliter dicuntur. Planè * Franciscus Connanus libr. 1. Comment. jur. civil. c. 16. n. 5. sentit : Interlocutionem Principis vim legis generalis habere, etsi Decreto de plano prolata sit : & ad d. l. 3. C. d. legib. respondet : eam de interlocutoria sententia loqui ; d. l. 1. §. 1. verò de Decreto, de plano interposito. Verùm * aut latius & valdè impropriè sumitur Decretum, quod aliàs de definitiva sententia intelligitur, & nihil aliud est quàm interlocutoria sententia ; aut propriè sumitur Decretum, & tùm de definitiva sententia intelligitur : de qua non potest accipi d. l. 1. §. 1. quæ illa habet verba : *vel de plano interlocutus est* ; Interloqui verò non est definitivè pronunciare, quod per se planum nec ullâ eget probatione. Itaq; * Connani responsio minimè admitenda erit : quam & * destruit oppositio in d. l. 1. §. 1. inter Decretum & interlocutionem, de plano facta : quæ innuit, Decretum interlocutionem & vice versâ hanc Decretum, nec esse, nec dici posse : pariter ut nec definitiva sententia interlocutoria, nec hæc definitiva esse potest.

Franciscus Duarenus * in comment. ad tit. ff. d. constit. Princip. c. 2. opinatur : d. l. 1. §. 1. ff. d. constit. Princip. per l. si Imperialis fin. C. d. legib. sublatam & abrogatam esse. Sed * nec hæc approbanda responsio : cùm Digestorum legibus haud derogent Codicis leges, ut suprâ controv. 7. in præm. firmavimus. Et deinde * controversia nostra est de interlocutoria, non definitiva sententia ; d. l. fin. verò de definitiva loquitur, quam à Principe pro Tribunali sedente prolatam vim legis generalis habere ; Imperator Justinianus in d. l. fin. constituit. Porro Reinhardus Bachovius * ad §. 6. h. t. n. 3. & seqq. distinguit : an ipse Imperator judicaverit, an verò consistorium ejus, illè casu ait, interlocutionem Principis vim legis generalis habere. Quæ * sanè responsio & distinctio divinatoria esse videtur, quippe quæ nullo juris textu subnixæ est, proinde non sequenda. Quin per

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

per textum ipsum *d. l. 3.* apertè confutatur: ubi dicit Imperator Justinianus: *interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus vel postea proferemus, non in commune præjudicantibus: nec his, quæ specialiter quibusdam concessa sunt, Civitatibus, vel provinciis, vel corporibus ad generalitatis observantiam pertinentibus.* Ex cujus legis verbis formilibus planissimum est: Interlocutiones ab ipso Imperatore prolatas in commune præjudicare non debere, sicut nec constitutiones personales, quæ personam non egrediuntur; *d. §. 9. & l. 1. §. 2. ff. d. constit. princip.* ut * aded interlocutoriarum sententiarum, ab ipso etiam Principe prolatarum & constitutionum personalium, privilegiorum sc. hætenus par ratio sit & juris decisio.

Nos igitur ad objectos textus respondere malumus: quòd interlocutio Principis vim legis & generalis constitutionis non obtineat; sed in speciali casu, super quo interposita est, quam responsionem amplexi sunt Glossa, Bartolus, Cynus, *ad d. l. 2. & ult. C. d. legib. & Paulus d. Castro ad d. l. 1. ff. d. constit. princip.* D. Harppr. *ad §. h. n. 5. tom. 1.* Anton. Fab. *in rational. ad d. l. 1.* D. Rümelin. *Exercit. 1. th. 11.* Hackelman. *disput. 1. th. 13. select. question.* Idemque * de Rescripto Principis dicendum erit. *l. nemo C. d. sentent. & interlocut.* Johann. Fab. *hic n. 1.*

23. Tum * verò vim legis generalis haberet interlocutio Principis & rescriptum, si ad Senatum missa, vel volumini juris inserta essent, ut Glossa, Bartol. Bald. Cyn. & Castrens. *ad. ll. sentiunt.* Vel
24. * cum Princeps hoc addit, ut vim legis generalis habere debeant: vel pro lege ea publicaret. Matth. Wesenbec. *ad tit. C. d. legib.*

Controversia V I.

*Communes Doctorum opiniones & sententia
in consulendo & judicando sequenda sunt.*

Summaria.

Olim necessaria fuit fori disputatio. *n. 1. & 2.*

Dignitatem & auctoritatem de jure respondendi Rabulæ forenses vilescere fecerunt. *n. 3. & 4.*

Quam dignitatem de jure respondendi Cæsar Augustus restituit. *n. 5.*

Hiscæ Prudentum Responsis Imperator Theodosius junior & Justinianus summam auctoritatem attribuerunt. *n. 6. & 7.*

Quid

Quid de hodiernis Doctorum & Interpretum responsis statuendum sit. n. 8.
 Affirmativa controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16.
 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39.
 40. 41. & 42.
 Communis opinio contrà notorium jus pugnans, et in praxi recepta, attendi
 non debet. n. 43. 44. & 45.
 Parva Glossæ fides, quæ non legis sed propriâ nititur autoritate. n. 46.
 Dispiciendum est judici & consulenti, quæ nam sit communis opinio. n.
 47. 48. & 49.
 Illa opinio pro communi habenda, quæ vel ab omnibus, vel à plerisque, vel à
 gravioribus laudatur. n. 50. 51. & 52.
 In primis illa sequenda opinio, quæ Bartolum habet propugnatorem. n. 53.
 Major fides habenda est opinioni, quæ in tractatibus & decisionibus à Dd.
 defenditur, quàm quæ in lectionibus & consiliis. n. 54. 55. & 56.
 Opinio Doctoris, quam disputando plenius excussit majoris autoritatis æsti-
 manda, quàm illa, quam nudè solum tractavit. n. 57. 58. & 59.
 Opinio distinguens non distinguenti præferri quoq; debet. n. 60.
 Opinio in terminis non loquens non attenditur. n. 61.
 Communis opinio magis communi opinioni cedere debet. n. 62.
 Quænam pro magis communi opinione habenda sit. n. 63.
 In conflictu communium opinionum illa attendenda, quæ majorem sapit æ-
 quitatem. n. 64. 65. & 66.
 Illa opinio benignior censetur, per quod jus conservatur. n. 67.
 Item quæ Ecclesiæ & doti fayet. n. 68. & 69.

Postquàm leges 12. Tabular. latæ, quæ breves erant & obscuræ,
 necessaria * fuit fori disputatio, ut sc. lcc. leges istas disputan-
 do interpretarentur, jura hoc modo quasi condentes, tradente Pom-
 ponio IC. in l. 2. §. his legibus 5. ff. d. O. I. Quæ * tamen jura vim le-
 gis ex se non habebant, sed ex usu populi, nimirum quatenus popu-
 lus iis utebatur. Wesenb. hic n. 1. Hæc * autem dignitas & autoritas
 de jure respondendi postea vilescere cœpit: omnibus * passim, qui
 fiduciam studiorum suorum habebant, adeoq; Rabulis etiam fo-
 rensis hoc de jure respondendi munus arripientibus & indignè
 tractantibus: quam * tamen mox restituit Cæsar Augustus, qui jus
 respondendi à se & successoribus suis peti & impetrari voluit. l. 2.
 §. fin. versic. & ut obiter sciamus ff. d. O. I. Et * hisce Prudentum re-
 sponsis Imperator Theodosius junior summam autoritatē adeoque
 vim legis attribuit, l. unic. C. Theodos. d. respons. prudent. libr. 1. tit. 4.
 eamq; Imperator Justinianus confirmavit. l. 1. §. sed neq; 6 d. concept.
 Digest. Giphani. & D. Harpprecht. hic n. 5. Unde * & idem Impera-
 tor Justinianus in §. b. 9. dicit: Jureconsultorum sive prudentum

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

sententias & opiniones eam tenuisse auctoritatem, ut judici recedere ab iis non licuerit.

8. Verum * quid de communibus Doctorum & Interpretum nostrorum opinionibus statuendum, an & hæc talem hodiè habeant auctoritatem, ut neque iudicibus in iudicando, neq; consulentibus in consulendo ab iis recedere fas sit? Quod * regulariter affirmandum esse iudicamus: per *tex. in l. unic. pr. ff. d. offic. quest.* ubi ait Ulpianus JC. crebriorem sententiam esse: Tullum Hostilium quaestorem in Rempublicam primum introduxisse, eamque ibi approbat.
9. Et * in *l. athletas 4. pr. ff. d. his qui not. infam.* idem Ulpianus respondet: athletas ludicram artem non facere, virtutis enim gratia hoc facere: subjiciens, ita omnes opinari.
10. Atque * in *l. quasitum 12. §. sed si fundus 15. ff. d. instruct. vel instrument. legat.* in quaestione an uberius sit legatum, si fundus instructus, quam si cum instrumento legetur; affirmativè respondet idem Ulpianus, addens: hanc sententiam quotidie increlescere & invalescere.
11. Porro * in *l. Divi fratres 17. pr. ff. d. jur. patronat.* Ulpianus noster præmissa firmâ ratione sententiam suam Proculi, Volusii, Mœciani, & Salvii Juliani, aliorumq; magnorum Jureconsultorum auctoritate confirmat & corroborat.
12. Sanè * sicut de utilitate est Reipublicæ, Jus habere certum; ita quoq; de utilitate ejusdem maximè esse videtur, ipsam juris interpretationem certam habere: quippe * ubi interpretatio juris certa, ibi & jus ipsum certum esse videtur. Econtra ubi dubii juris interpretatio incerta, ibi ipsum jus quoq; incertum manet; ubi verò jus incertum, quid aliud inde consequitur, quam ut hodiè sic, cras aliter iudicetur: quomodo Justitiæ, quæ est constans & perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi ipsique Reipublicæ injuria inferri videtur. Multis * tricus implicatum est jus nostrum, & propter tot diversorum Icc. responsa, tot Imperatorum diversorum Constitutiones in juris nostri volumnia collectas & congestas, atque tam varias etiam & variantes Doctorum Glossationes & interpretationes tot tantisq; perplexitatibus involutum, ut is in Mari sæviente perpetuò navigare videatur, qui se huic juris Oceano concedidit & commisit. Varia * & variantia sunt hominum ingenia,
13. mores

mores & studia: si mille tibi objiciantur, non duos reperies, quibus planè idem ingenium, idem studium, iidem mores: pariter ut hominibus proportionem corporis diversæ nec sibi omninò similes. Ubi jam anchoram figes, naviculam tuam in hoc sæviente juris Oceano tot opinionum procellis undique impellentibus & hinc inde agitantibus; nisi eam in legis fundamento, rationis soliditate & summorum juris nostri Sacerdotum, ut Bartoli, Baldi, Castrensis, Socini, Jasonis aliorumq; semiDeorum autoritate figas.

Equidem * speciosum est textus nomen & legis, sub cujus specie & prætextu decipiunt multi & decipiuntur. Plures * legunt textum & relegunt, nec tamen arcanam ejus subtilitatem & rationem assequuntur, non ponderantes, jurisprudentiam nostram non simulatam nec affectatam, sed veram Philosophiam esse. *l. 1. §. 1. ff. d. justit. & jur.* Plures etiam * legis verbum aliquod arripiunt, idque sequuntur, torquent id & retorquent, à vi verò & mente legis recedunt, in *l. scire leges 17. ff. d. leg.* peccantes: ubi scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Alii * stricto juri strictissimè inhaerent, æquitatem in iniquitatē, justitiam in injustitiam transmutantes. Contrà * alii, quorum ingenium solidioris Jurisprudentiæ rivulis non irriguum, sapientiam juris in cerebrinæ & capitosæ æquitatis stultitiam convertunt. Denique * nonnulli in legum nodis dissolvendis Alexandri gladio tanquam in nodo Gordio dissolvendo utuntur, vim & injuriam legibus, Imperatori Justiniano & Compilatoribus facientes. Quis * hîc putioris & solidioris Jurisprudentiæ Doctores & interpretes non potius sequeretur? Quis * singulariū quorundā vanitates pro juris veritate acciperet? Quis * aliorum irritas subtilitates & acutas argutiarū strophas, à quibus abhorrendum, pro veri germanique juris doctrinis haberet?

Porro * à pluribus perfectius quoque indagari & haberi potest veritas, quàm à paucis, vel à Doctore singulari: cum, ut dici solet, plus videant oculi quàm oculus. Neque * enim verisimile, insignem aliquem juris interpretem, quem requirimus hîc, alius magnæ etiam autoritatis Interpretis opinionem ita nudè, nec juris veritate, justitiæ & æquitatis regulis ponderatis, sequi voluisse, quod indifferenter Doctoribus vulgò affingitur.

Firmiter igitur * concludimus, à communibus Doctorum opinionibus & sententiis neq; iudicibus in judicando neq; consu-

29. lentibus in consulendo recedendum esse. Nam * communis opinio rem dubiam claram facit & apertam, Tiber. Decian. *consil.* 2. n. 76. vol. 1. ac plenè probat, Speculat. *libr.* 2 p. 2. tit. d. *probat.* §. *probare* n. 20. & §. *videndum* 3. n. 19. Matthias Berlich. *practicabil. conclus.* 36. n. 91. part. 1. * atque pro veritate habetur, Anton. Coratius. in *tract. d. Commun. Dd. opinion.* *libr.* 1. tit. 3. n. 4. notoriumque jus facit Aym. Cravett. *consil.* 431. n. 3. Et * ideò instar legis haberi solet, Galian. in *repetit. l. centurio ff. d. vulgar. & pupillar. substit.* n. 291.
30. * atque appellatione legis, in dispositione de lege loquente, venit, ut dixere Bero *consil.* 91. n. 16. & 19. in 2. Gratus *consil.* 77. n. 4. in 2. Decian. *respons.* 70. n. 14. volum. 2.
31. Hinc * notant Dd. *ad tit. instit. d. offic. judic.* quòd judex secundum communes opiniones non judicans litem suam faciat. Sichard. in *Codic. ad auth. Sacramenta puberum C. si advers. vendit.* n. 18. pag. m. 86. Sebast. Vant. *d. null. & sentent. & Corat. libr.* 3. tit. 12. n. 38. Quæ * imprimis vera sunt, si communes opiniones in praxi receptæ sint atque ut loquuntur Dd. præjudicatæ: tùm * enim servanda sunt illa, quæ diu similiter obtinuerunt, etsi juri scripto sint contraria. *l. filius emancipatus* 14. ff. *ad L. Cornel. d. fals. ibi:* sic enim *Senatum censuisse. l. 1. §. eodem* 27. *ibi:* & ait Sextus, sic esse sæpè judicatum ff. *ad Senatuscons. Syllan. l. Labeo* 21. pr. *ibi:* morem agentium sequi debemus & *l. Stichum* 34. §. *si Stichus* 4. *ibi:* sed hoc jure utimur, ut is servus ex testamento liber sit. ff. *d. statulib. §. quæ omnia pen. Instit. d. satis dat.* ubi ait Imperator Justinianus, ea omnia apertiùs & perfectiùs, à quotidiano judiciorum usu in ipsis rerum documentis apparere. Bald. 1. *Consil.* 370. in fin. Jason. in *l. post dotem* 40. n. 100. ff. *solut. matrim.* Anton. Mar. Corat. *tit.* 9. n. 97. Frideric. Pruckman. *consil.* 27. n. 85. vol. 1. Decian. *consil.* 44. n. 9. *consil.* 46. n. 130. & 133. & *consil.* 52. n. 1. vol. 2.
32. Cujus * rei ratio solida ex *l. si de interpretatione* 37. ff. *d. legibus* desumitur, ubi respondet Paulus JC. si de interpretatione legis quærat, inprimis inspiciendum esse, quo jure Civitas retrò in ejusmodi casibus usa fuisset, hanc subnectens rationem: optimam
33. * sc. legis interpretationem consuetudinem esse. Itaque si vi hujus legis communes Dd. opiniones præjudiciis firmatæ adeòq; in
34. praxi receptæ in vim consuetudinis valere debent; certè * judex
35. secundum eas omninò judicare tenetur. Multa * enim in praxi con-
- trà

trà subtilem disputandi rationem pro communi utilitate recepta esse; colligitur ex *l. ita vulneratus* 51. §. 2. circ. fin. ff. ad L. Aquil.

Quam sententiam nostram in tantum hodie usu invaluisse dicit Ronchegallus in *l. reos. in pr. n. 42. ff. d. duob. reis.* & Petrus Heigius; *q. 37. n. 10. part. 1.* ut * opiniones præjudicatæ potiores sint ipsâ veritate. Ea * enim est vera legis interpretatio, quæ à praxi, ipsa rerum experientia, desumitur: ut dicit Baldus in *c. 1. pr. d. feud. sine culp. non amitt.* Decian. *consil. 358.* Cravett. *consil. 118. n. 2.* Et quæ * certam jam receperunt interpretationem, minimè mutanda esse, neq; ab iis recedendum, traditur in *l. minimè* 23. ff. d. legibus. *l. quod si nolit* 31. §. quia assiduo 20. ff. d. Aedilit. Edict. sed potius, quæ in eodem controversiarum genere antè observata, studiosè tenenda erunt. arg. *l. labeo* ff. d. statuliber. & *l. 3. C. d. edific. privat.* Hartman. Pistor. *libr. 1. q. 16. n. 10.*

40.

41.

42.

43.

44.

45.

46.

47.

48.

Verùm si communis opinio in praxi non esset recepta; contrà evidens verò & notorium jus pugnaret, * religioni judicis & consulentis non habendum, si ab ea tanquam evidenter falsa in judicando & consulendo recederent: ut per Dd. *ex c. 1. x. d. constit.* & *c. Capellanus* 4. d. ser. ibi probatur. Communis * enim opinio tùm demum sequenda, ubi vel deficimur jure & statuto, vel dubia est juris constitutio: ubi verò ea clara est & certa; autoritas juris certi Dd. auctoritati omninò prævalere debet. Neq; enim Dd. juris sunt * conditores sive legislatores, sed ejus interpretes: quorum autoritas ex legum auctoritate maximè dependet, quam si pro se non habeant, neq; ulla eorum autoritas erit. Parva * igitur Glossæ fides, quæ non legis sed propriâ auctoritate nititur. Bald. in *l. Respublica* n. 2. C. ex quib. caus. major. Johann. d. Imol. in *l. cum quidam* §. quod dicitur in fin. ff. d. ad quir. heredit. Cravett. *consil. 852. n. 7.* & *consil. 941. n. 7.* Hartman. Pistor. *libr. 2. p. 1. q. 5. n. 13.* & *libr. 1. q. 28. n. 22.* D. Wilhelm. Anton. d. *rescript. morat. conclus. 49. n. 76.* & *conclus. 45. n. 12.*

Illud etiam dispiciendum erit judici & consulenti, quæ * nam sit communis opinio: nam sæpè opinio pro communi venditatur, quæ tamen non est, Cothman. *respons. 13. n. 42.* & *seqq.* & quæ olim fuit * communis, hodie non est. Tiber. Decian. *respons. 44. n. 6. vol. 3.* Non enim novum: opinionem * etiam novam invalescere, & ita nasci ac denasci communes opiniones, ut colligitur ex *d. l. qua-*

49. *firum* 12. §. *si fundus* 15. ff. d. *instruct.* & *instrument.* *legat.* Petr. Heig. *quest.* 26. n. 56. part. 1. Hinc dici solet: sicut scientia * hominis crescit; ita & opinionem crescere. D. Wilhelm. Anton. d. *rescript.* *mor. concl.* 63. lit. q. Illa igitur pro communi opinione habenda, quæ
50. * vel ab omnibus, vel à plerisq; , vel à gravioribus laudatur & approbatur. Corat. *libr.* 1. tit. 1. n. 20. Frideric. Pruckman. *consil.* 4. n. 74.
51. vol. 1. Neque enim illa * est communis, quæ à singulis etiam magnæ autoritatis interpretibus propugnatur, Hondedæ. *consil.* 32. n. 71. quæve ab uno vel altero communis dicitur. Cravett. *consil.* 50. n. 610.
52. Quin illa * communis dicenda, à qua stant Doctores autoritate gravissimi, etiam si contrarium tueantur Doctores numero plures. Marc. Anton. Natta. *consil.* 130. n. 5. Pruckman. d. *consil.* 4. n. 75.
53. Inprimis * verò illa opinio sequenda est, quæ Bartolum habet propugnatorem: Nevizan. in *sylv. nuptial.* *libr.* 5. c. 2. n. 25. Cravett. *consil.* 49. n. 170. Matth. Berlich. *practicabil. conclus.* 25. n. 11. part. 3. vel quam Glossa tenet. Hondedæ. *consil.* 34. n. 4. *consil.* 70. n. 75. & *consil.* 59. n. 29.
54. Major * quoque fides habenda opinioni, quæ in tractatibus & decisionibus à Doctoribus defenditur, quàm quæ in lectionibus &
55. consiliis: quippe * in consiliis multum æri, amicitiae, inimicitiae aliisque affectibus plerunque indulgetur; Mynsing. *observat.* 6. per
56. tot. cent. 6. in tractatibus * verò omnes ingenii sui vires intendere solent interpretes, exquisitè materiam tractare & inprimis veritati studere, quo sc. immortalè nominis famam sibi comparent. D. Henric. Nebelkræ. *decis.* 1. Sed & opinio * Doctoris, quam disputando plenius excussit, majoris autoritatis æstimanda eâ, quam nudè solum & perfunctoriè tractavit: quippe * disputando veritas eruitur. l. *fin.* §. *mixta* 26. ff. d. *muner. & honor.* Abbas Parnormit. in c. *homo* 2. col. *fin.* d. *postulat. prelat.* Fulgos. *consil.* 102. col. 3. circ. med. Cravett. *consil.* 699. n. 4. *consil.* 934. n. 16. & 942. n. 27. Hondedæ. *consil.* 57.
58. n. 77. Veritas * enim quantò magis conteritur & oppugnatur, tantò magis expulsis nebulis in lucem progreditur, sicut aromata magis redolent, quando conteruntur. Roland. à Valle. *consil.* 1. in pr. vol. 4.
59. Opinio * quoque distinguens non distinguenti est præferenda: qui enim benè distinguit, benè docet. l. *item videndum* 18. in pr. ff. d. *heredit. petit.* Glois. in c. *querenti in verb. per equitatis semitam* d. offic.

d. offic. delegat. & in c. scientes d. censib. Paris. consil. 92. n. 30. libr. 2. Cravett. consil. 859. n. 15. & consil. 941. n. 13. Pruckman. consil. 20. n. 32. vol. 1.

Insuper & id * considerandum erit in sequenda & amplectenda communi opinione, an in terminis controversis loquatur, nec ne: siquidem sperni ea potest, quando in terminis controversis non loquitur. Cravett. *consil. 900. n. 37. & consil. 941. n. 47.*

Communis * etiam opinio magis communi opinioni cedere debet: non enim in iudicando & consulendo minus communem, sed magis communem interpretum sententiam sequi decet. Jason. *in auth. novissima n. 22. C. d. inoffic. testament. Corat. d. commun. opin. tit. 8. n. 16. Pruckman. consil. 29. n. 90. Cravett. consil. 49. n. 124. Hondedæ. consil. 58. n. 68.* Ea * verò pro magis communi merito est habenda, quæ majori Dd. numero & auctoritate fulcitur. Abb. *ad c. 1. sub n. 15. & ibi Felin. n. 54. x. d. Constit. Corat. libr. 1. tit. 4. n. 4. Cravett. consil. 49. n. 125. Pruckman. consil. 20. n. 22. vol. 1.*

Tandem observandum, in conflictu communium opinionum ubi plures concurrant, sibi contrariæ, & dubium quæ amplectenda sit: sicut alias ita & hîc illa sequenda sententia, * quæ majorem sapit æquitatem. *l. in omnibus 90. ff. d. R. I. ubi latè Dec. Nam * in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quàm tutius, ut respondit Marcellus J.C. in l. ea quæ 192. §. 1. d. t. Decian. respons. 44. n. 7. vol. 3.* Quod * ex multorum sententia verum est, etsi contraria opinio magis sit communis. Abbas & alii *in c. si vir. d. cognat. spiritual. Cephal. consil. 166. n. 19. & seq. vol. 2. Decian. consil. 54. n. 35. vol. 1. Hondedæ. Consil. 54. n. 58. vol. 2. & Consil. 61. n. 29. Consil. 29. n. 95. Consil. 59. n. 66.* Illa * verò opinio censetur benignior, per quam jus conservatur. *l. benignius 18. ff. d. legibus. Cravett. Consil. 942. n. 28. & d. Consil. 666. n. 18. Pruckman. Consil. 2. n. 288. vol. 1.* quæ * Ecclesiæ favet, textus est elegans *in l. sunt personæ 43. ff. d. Religios. & sumpt. funer. c. fin. d. re judicat. Hondedæ. Consil. 3. n. 24 part. 1.* Item * doti: *l. in ambiguis 85. pr. ff. d. R. I. ubi ait Paulus J.C. in ambiguis pro dote respondere, melius esse; quod in tantum procedere Doctores ajunt, ut opinio unius Doctoris doti favens in dubio juris communi opinioni contrariæ præferatur, Regner. Sixtin. Consil. Marpurgens. 12. n. 36. Treutler. Consil. 17. n. 23. vol. 1. D. Wilhelm. Anton. d. rescript. morat. conclus. 41. n. 10.*

Con-

Controversia VII.

Consuetudo abrogat legem.

Summaria.

- Consuetudo, usus & mores differunt. n. 1. & 2.
 Interdum confunduntur. n. 3.
 Quid sit consuetudo. n. 4.
 Consuetudo & mores regionis in locis, in quibus vigent, jus commune dicuntur. n. 5. & 6.
 Stylus consuetudinis species est. n. 7.
 Stylus Curiae pro lege habetur. n. 8.
 Consuetudo non minorem vim habet, quam jus scriptum. n. 9. & 10.
 Nulla lex est positiva, cui consuetudo contraria non derogat. n. 11.
 Nisi lex clausulam contineat derogatoriam. n. 12. & 13.
 Valdè ob stare videtur hic l. 2. C. quae sit long. consuet. quae variis interpretum conciliationibus supposita est. n. 14. & 15.
 Reinhardi Bachovii conciliatio ejusque refutatio n. 16. 17. 18. 19. 20. 21. & 22.
 Francisci Connani, distinguentis inter consuetudinem & desuetudinem, conciliatio & refutatio ejusdem n. 23. 24. 25. 26. 27. 28. & 29.
 Salycetus distinguit inter legis substantiam & ejus observantiam, qui refutatur. n. 30. & 31.
 Accursius distinguens inter consuetudinem generalem & specialem refutatur. n. 32. & 33.
 Nicolaus de Passeribus lectorem pro more suo malè cogitabundum dimittit. n. 34.
 L. 2. C. quae sit long. consuet. nullâ difficultate laborare videtur. n. 35. & 36.
 Optimus leges conciliandi modus esse videtur, si conciliatio ex ipso textu desumi possit. n. 37.
 Autoris conciliatio. n. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. & 48.
 Marci Lyclamæ, Oldendorpii, Lopezii, Hilligeri, D. Harpprechti & Duareni, in sententiam auctoris tractorum, relatæ responsiones non per omnia approbantur. n. 49. 50. 51. 52. 53. 54. & 55.

1. **C**onsuetudo * usus & mores differunt inter se tanquam causa
2. & effectus: consuetudo * enim effectus est usus & moris, ex quibus tanquam causa resultat, sicque consuetudo ipsum jus est, quod ex tacito populi consensu, usu longævo collecto, descendit.
3. Interdum * tamen confundi hæc, colligitur ex l. de quibus 32. & seqq. ff. d. legib. Castrens. ad d. l. 32. & Salycet. ad l. 2. C. quae sit long. consuet.
4. Est * autem consuetudo jus non scriptum, quod usus approbavit.

bavit. §. 9. h. t. & l. de quibus 32. pr. ff. d. legib. inveterata enim consuetudo pro lege custoditur: d. l. 32. §. 1. & diuturni mores, consensu utentium comprobati, legem imitantur d. §. 9. Unde * consuetudo & mores regionis in locis, in quibus vigent, jus commune dicuntur; Bald. in tit. d. pac. constant. col. 9. & * appellatione juris veniunt. l. prescriptione 2. C. si contra jus & util. public. & ibi Castrenf. col. 4. Pruckm. consil. 32. n. 64. & seq. Cujus * species est Stylus, qui est circa juris processum, in curia observatus. Jos. Ludovic. decis. Lucens. 36. D. Besold. delibat. 15. ex lib. 1. pandectar. Unde * Stylus curiæ appellari solet, qui pro lege habetur, etsi forma ejus aliquo modo à scripto jure recedat. c. ex literis d. constit. c. 2. d. prebend. libr. 6. l. 2. C. quemad. testam. aperiant. l. si quod. 2. C. d. bon. vacant. Bald. in l. 1. in fin. C. quæ sit long. consuet. Gail. 1. obs. 65. n. 8. Treutl. p. 1. disp. 1. th. 9. lit. A. Porro * cum jus sit consuetudo, proinde non minorem vim habet, quàm jus scriptum. d. l. de quibus 32. & §. h. 9. Quin * major, quàm juris scripti, consuetudinis habetur potestas, ubicunque juri scripto contraria est; d. l. 32. in fin. §. pen. h. t. Gloss. ad §. 9. h. t. Neq; * lex positiva ulla est, cui consuetudo contraria non deroget: per c. Ober-tus post prin. d. feud cognit. Bald. in c. 1. §. prætereà Ducatus. n. 2. d. prohibet. feud. alienat. per Frideric. Aym. Cravett. consil. 969. n. 3. nisi * lex clausulam contineat derogatoriam: nulla in contrarium valente consuetudine: ut in auth. navigia C. d. furt. ubi consuetudo, bona naufragium passorum rapere permittens, abrogatur, idq; in constitutione Criminali Imperatoris Caroli V. artic. 218. confirmatur. D. Joh. Herm. Stam. d. homin. propriis lib. 1. tit. 3. c. 3. n. 4. ubi in seqq. plura adducit exempla. Quo * casu si contra leges ejusmodi derogatorias quid fiat, à præcepto inchoatur processus, & mandata sine clausula à Camera Imperiali decernuntur. Andr. Geil. 1. observat. 18. n. 6.

Equidem magna * hîc circa auctoritatem consuetudinis, an tollat legem, oriri difficultas videtur ex l. 2. C. quæ sit long. cons. ubi rescribit Imperator Constantinus: Consuetudinis ususque longævi non vilem auctoritatem esse, verum non usque aded sui valituram momento, ut aut rationem vincat, aut legem. Quæ * lex variis Interpretum conciliationibus supposita est. Bachovius * ad §. 9. h. t. & ad Treutl. disput. 1. th. 9. lit. G. pag. 37. & seq. distinguit inter tempora Constantini Imperatoris, quibus Imperator absolutam

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

- habuerit potestatem; & inter tempora Juliani JC. quibus populus Romanus conniventia Imperatorum jus aliquod suffragiorum adhuc habere videbatur: ut hisce non autem illis temporibus consuetudinem introducere potuerit. Quæ * conciliatio nulla est: non enim derogat juri communi & scripto consuetudo autoritate introducentium, sed autoritate Principis, vel juris id permittentis.
18. Castrenf. *ad d. l. 32.* Deinde * ipse textus *d. l. 2.* huic conciliationi repugnat, in qua præsupponitur autoritas & validitas consuetudinis: dicitur enim ibi, consuetudinis ususq; longævi non vilis autoritate esse; nulla autem ejus esset autoritas, si Bachovii distinctio subsisteret: quæ enim autoritas juris, cujus introducendi potestas non esset? Quamvis * verò excipi hinc possit: eo casu consuetudinis autoritatem esse posse, quo legem per contrariæ consuetudinis introductionem non abrogat populus, scilicet in casu quo lex in contrarium non extat; tamen nec hæc exceptio Bachovii distinctionem salvaret; præterquam enim quod divinatoria hæc exceptio,
19. hæctenus * etiam par ratio sit casus, ubi lex extat & ubi non extat: siquidem ut tollere legem ad Majestatem Principis pertinet, ita
20. & legem de novo condere, in casu sc. legis non extantis. Itaque * si legem per contrariæ consuetudinis introductionem tollere & abrogare non potest populus, neq; de novo consuetudinem introducere poterit. Inde * consequitur jam, sicut de novo consuetudinem introducere potest populus, ut sentit Bachovius, ita eum etiam legem per contrariæ consuetudinis introductionem abrogare posse.
21. Franciscus * Connanus 1. *Comment. 10. n. 9.* difficultatem hanc inter consuetudinem & desuetudinem distinguendo tollere fatagit, quod & faciunt Jacob. Rævard. *d. autorit. prud. c. 16. tom. 2.* Corasius *d. art. jur. p. 3. c. 15.* Hackelman. *illustr. quest. disput. 1. th. 11. lit. A.* & Anton. Faber. *in rationalibus ad d. l. 32. ff. d. legibus statuentes*: desuetudine quidem antiquari posse legem ne observetur, non autem consuetudine, ut contrarium jus inducatur.
22. Verum & hæc distinctio nulla est: quæ * tam per *d. l. 2.* quam *l. 32. ff. d. legibus* confutatur, quæ consuetudinis expressam mentionem faciunt. Inprimis * verò eam Juliani JC. in *d. l. 32. §. 1.* adducta ratio destruit, dum dicit: nihil interesse, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis, Sicut * igitur lex per
- 23.
- 24.
- 25.
- 26.

per contrariæ legis sanctionem abrogari potuit à populo, ita & per contrariæ juris usurpationem: siquidem utrumq; in potestate populi fuit. Deinde * quid aliud est desuetudo quàm consuetudo, ubi enim lex non observatur, certè eo ipso contrarium jus in effectum introducit: quippe legis virtus est, non solùm imperare, vetare, sed etiam permittere: *l. legis virtus 7 ff. d. legibus ac simplex non usus* five desuetudo implicitum continet contrarium actum: secundùm Alexandr. *d. Imol. consil. 45. n. 2. vol. 2.* Et * quòd ait Con-
 27.
 28.
 29.
 30.
 31.
 32.
 33.
 34.
 35.
 36.
 37.
 38.

quemadmodum * igitur expreso consensu populi vel legislatoris abrogantur leges, & prorsus tolluntur, quò ad essentiam ipsam & observantiam; ita & per contrariam consuetudinem, vel desuetudinem. Eo * ipso & cadit à Salyceto *ad d. l. 2.* relata distinctio, inter legis substantiam & observantiam, quæ sanè nos aliquando dubios fecit & in suspensio tenuit, an non amplectenda, tum propter auctoritatem Salyceti, tum quòd primo intuitu plausibilis apparebat; verùm * ponderando ipsum textum legum & rationis soliditatem tandem nobis scrupulus hic exemptus est. Porro Accursius * *ad d. l. 2.* distinguit cum Johanne antiquo Glossatore & Azone inter consuetudinem generalem & specialem: illam dicit tollere legem ipsam, hanc verò ejus solùm efficaciam in loco illo, ubi viget. Quæ * quidem distinctio suo sensu vera est; textui tamen *d. l. 2.* satisfacere non videtur. Tandem * Nicolaus de Passeribus à Genoa *in conciliat. leg. injur. Civil. contrar. pag. 837.* penus suæ paupertatem allegans, lectorem pro more suo cogitabundum dimittit: quæ est ignorantium responsio.

Nobis enim * omninò persuasum est, *d. l. 2. C. quæ sit long. consuetud.* nullà difficultate laborare, nulloq; negotio cum *d. l. 32. ff. d. legib. & § b. 9. conciliari*, quin * conciliationem earum ex ipsa *d. l. 2.* (si quis eam penitus inspiciat & ponderet) desumi posse & debere: qui * videtur optimus leges conciliandi modus esse, si sc. conciliatio ex ipso textu desumi potest. Hic * autem *d. l. 2. ve-*

- rus & genuinus sensus esse videtur, siue quis verba ejus, siue vim ac potestatem adeoque mentem legis contempletur: quod quidem non vilis sit consuetudinis autoritas, non autem tanta, ut rationem vincat, id est valeat, quando ratio ipsa est in contrarium, non solum civilis, sed & naturalis: siquidem rationalis esse debet consuetudo, aliàs nullius valoris æstimatur. Sicut * enim ipsa lex rationem habere debet, ita & consuetudo. Proinde * hætenus neque legem consuetudo, neque hanc ipsa lex vincit. Unde verissimè dixit Marcus Lyclama *libr. 1. Ecloga. 11.* & cum eo Præceptor quondam noster fidelissimus, D. Martinus Rümelinus: *p. m. ad d. l. 32. pand. dect. diss. 2. th. 7.* consuetudinis * & legis unum esse principium, consistens in ratione: ideòq; eo modo non posse consuetudinem vincere rationem, scilicet ut sine illa valere possit, nec legem, scilicet ut possit aliter valere, quàm Lex respectu rationis. Non * etiam tanta est autoritas consuetudinis, ut legem vincat, id est, ut ita valida sit, quin eam lex abrogare possit. Sicut * enim consuetudo legem; ita etiam econtrà consuetudinem lex abrogare potest: ut ita quoque utriusque par ratio sit respectu abrogationis. Hinc Johannes Oldendorpius *in pr. Class. n. 7.* ait: quod * consuetudo legem non vincat, hoc est, non possit legislatoris auctoritatē ita infringere, quin possit lege novā certiori & æquiori ratione stabilitā vitiōsam consuetudinem tollere & emendare. Atq; Georgius Lopezius *animadv. libr. 2. c. 5. & 8.* tradit: quod * consuetudo non vincat legem, nec lex consuetudinem. Neque etiam lex plus roboris habeat consuetudine, neque consuetudo lege: quia & consuetudo tacita lex sit, quæ legem imitetur in omnibus etiam abroganda & interpretanda lege priori. Lopezium sequitur Hilliger, *in Donell. enucleat. libr. 1. c. 10. lit. L.* ubi addit, æqualem * legi vim consuetudinem habere: ut lex anterior posteriore lege aboletur, ita & à consuetudine legē: non quia consuetudo fortior sit lege, sed quia posterior. *Vid. Sichard. ad d. l. 2. n. 15.* Confert etiam huc quod D. Harpprechtus *ad §. h. 9. n. 49. & seq. ad d. l. 2.* respondet: non * ita stabilem & firmam esse consuetudinem, quin etiam lege posteriori abrogari possit. Item * facit hanc in rem Duareni *ad tit. ff. d. legib. c. 12. ad d. l. 2.* data responsio: quod sc. consuetudo majoris auctoritatis non sit quàm lex, imitari enim legem & vim legis habere. *l. ult. C. quæ sit long. consuet.* Sanè Doctores hætenus relatos

latos & in sententiam nostram tractos, non eo fine adduximus, ac si eorum ad *d. l. 2.* datas responsiones per omnia approbaremus: insufficienter enim omnes respondisse videntur. Nam * *Lyclama* & qui cum eo faciunt *d. l. 2.* respectu rationis solum intelligunt, quod sc. consuetudo rationem non vincat, neque legem intuitu rationis; de convenientia verò generali legis cum consuetudine deque abrogatione consuetudinis etiam rationalis, (cùm abrogari possit consuetudo, etsi rationalis sit) quod intuitu ejus legem non vincat, nihil proferunt. Oldendorpius * autem de abrogatione consuetudinis, ubi vitiosa, respondet, de rationalis consuetudinis abrogatione per legem nihil dicit. Reliqui * de abrogatione consuetudinis per legem agunt, de rationalitate verò consuetudinis, quod ejus intuitu rationem non vincat, tacent. Ideoq; * si separatim Doctorum adductorum responsiones sumas, imperfectè, si conjunctim, solidè responsum esse videtur. Quod * verò *d. l. 2.* non solum intuitu rationis, sed etiã generalis convenientiæ & abrogationis intelligi debeat; arguit vocula adversaria *aut*, quæ hætenus separat rationem à lege & tanquàm inter duo diversa posita meritò hîc censetur: ut *d. l. 2.* * sensus sit, ut suprà quoq; diximus: licet consuetudinis autoritas non vilis sit, non tamen tantam esse, ut aut vincat rationem, quia rationalis debet esse; aut legem, quin lex eam abrogare possit, sive rationalis sit sive irrationalis. Sicut * enim consuetudo legem, ita vice versâ lex consuetudinem abrogare potest, ut sic utrumq; ejusdem sit virtutis, potestatis & autoritatis.

49.

50.

51.

52.

53.

54.

55.

Controversia VIII.

*Quot actus ad consuetudinem introducendam
necessarii, judicis arbitrio relinquendum.*

Summaria.

Requisita consuetudinis. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Quot actus necessarii ad consuetudinem introducendum; judicis arbitrio relinquendum n. 6. & 7.

Duo etiam actus notorii sufficere possent. n. 8. & 9.

Adversari videtur l. 1. C. quæ sit long. consuetud. n. 10.

Cui respondetur. n. 11.

Unicus v. rō actus nunquam sufficiet. n. 12.

Obiectio. n. 13.

Ejus solutio. n. 14.

Unicus tamen actus in consuetudine legis interpretativa sufficit. n. 15. & 16.

Consuetudo legis interpretativa observantia vocari solet. n. 17.

Quæ unico actu contenta, nec perfectā præscriptione indiget. n. 18.

Peritus Advocatus de observantia potius quam consuetudine libellum concipere debet. n. 19.

Ex unico quoque actu, tractum successivum habente, induci potest consuetudo. n. 20.

Sententia nostra à Dd. communiter approbatur. n. 21.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

AD * consuetudinem legitimè introducendam certa requisita, ex communi Doctorum sententia, desiderantur. Primum * enim requiritur, ut rationalis sit consuetudo, aliàs corruptela potius esset. *l. de quibus 32. ff. d. legibus c. fin. x. d. consuet. Vid. Sichard. in Codic. quæ sit long. consuet. n. 12. & seq. ubi tractat, quæ consuetudo rationalis sit dicenda.* 2. Requiritur, * ut inveterata sit consuetudo, continuata neque interrupta, adeoq; præscripta: *Ein unverruckte/ alte/ hergebrachte vnd verjährete Gewonheit. d. c. fin. c. Cumana 50. d. Elect. d. l. 32. §. 1.* 3. Ad * consuetudinem legitimè inducendam necessaria est actuum frequentia. *§. h. 9. l. 1. C. quæ sit long. consuet. Et * 4. necessum, ut major pars populi consuetudine usu fuerit, scilicet sciverit aliquoties, ita consuetudine obtinuisse. arg. l. quod major pars 19. ff. ad Municipal. Gloss. Bartol. Zas. in d. l. 32. ff. d. legibus & Panormit. in d. c. fin. x. d. consuet. Schneidevvin. hic n. 4. & seqq. Mynsing. respons. Decad. 4. resp. 32. n. 28. cent. 6. observat. 41. n. 3. & seqq. & Geil. 2. observat. 31. n. 1.*

De actibus primum hinc controversitur, quot necessarii ad consuetudinem inducendam? Id * iudicis arbitrio rectius relinquatur. Quod * enim in jure definitum non est, id totum iudicis arbitrio relinquendum: ut colligitur *ex l. mora 32. ff. d. usur. l. 1. in fin. ff. d. jur. deliber. l. 1. §. expilatores 1. ff. d. effract. Menoch. de arbit. judic. quest. c. 17. n. 44. Philipp. Matth. ad l. ferè in omnibus 108. ff. d. R. l. n. 40. & seqq.* Iudex * igitur, cum hoc in jure non definitum, super eo statuet; an tot actus contigerint, ut tacitus populi consensus inde elici possit. Proinde etiam duo sufficere possent, modò ita notorii essent, ut in notitiam populi facilè pervenire potuerint. Præcipua * enim consuetudinis causa est tacitus populi

populi consensus: qui non minùs ex duobus actibus apparere & colligi potest, quàm ex pluribus. Paul. d. Castr. ad d. l. 32. ff. d. leg. pag m. 12. col. 1. ibiq³. Zas. & Coras. Sichard. ad rubric. C. qua sit long. consuet. n. 21. Menoch. d. arbitr. judic. quest. c. 1. n. 8. Jason. in l. si certis annis n. 6. & in l. si quis in conscribendo n. 24. C. d. pact. Pruckman. consil. 8. n. 241. vol. 1. Geil. 2. observ. 31. n. 7. Mynsing. respons. 13. n. 25. d. observat. 41. n. 11. & seqq. Ungepaur Exercit. 1. q. 16. Bachov. p. 1. disput. 1. th 9. lit. E. Althuf. in Dicaol. libr. 1. c. 15. n. 21.

Cui adversa * esse videtur l. 1. C. qua sit long. consuet. ibi, frequenter. Respondendum: * regulariter quidem duos actus non sufficere ad consuetudinem introducendam, sed plures necessarios esse; verùm ubi ita notorii essent duo illi actus, ut tacitus populi consensus inde colligi possit; ad quid plures desiderarentur? Ideoq; hoc ex iudicis arbitrio dependet, qui pensabit, an tot actus contingerint, ut tacitus populi consensus ex iis colligi queat.

Unicus * v. act⁹ quantumcunq; notorius minimè sufficiens esset, etsi millies de tacito populi consensu constaret. Cui * vicissim non obloquitur, quod de consensu populi antè protulimus: nimirum tacitum ejus consensum præcipuam consuetudinis causam esse. Etenim * verum hoc est, ubi is in debita forma & ut jura volunt, appareat; unicus verò actus le frequentia actuum, quam leges exigunt, nullo modo præparari potest, quod faciliùs potest binarius actus, si sc. iudicis atriū accesserit. Bartol. & Bald. in d. l. 32. Salycet. ad d. l. 1. C. qua sit long. consuet. pag. m. 174. fac. 2. col. 2. Alexand. d. Imol. consil. 45. n. 10. vol. 2. p. 33. Schneidevvin. hñc n. 6. Unicum * tamen actum in consuetudine legis interpretativa sufficere; respondit Decianus: respons. 124. n. 8. vol. 3. solitum * enim dicit esse etiam ex unica vice. l. Mela 14. §. sed si almenta 2. ff. d. aliment. & cibari. legat. Quæ * consuetudo observantia rectius dicitur, quæ * uno actu inducitur, nec perfectâ præscriptione indiget, ut post alios à se allegatos notabiliter tradit Menochius. consil. 49. n. 21. Unde * pro cautela notat Treutl. p. 1. disp. 5. lit. B. ut peritus Advocatus de observantia potiùs quàm consuetudine libellum concipiat, nimirum propter difficilem consuetudinis probationem.

Ex * unico quoque actu tractum successivum habente, si sc. decem annis continuis duraret, induci posse consuetudinem; docuit.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

docuit Sichardus, in C. ad rubric. tit. quæ sit long. consuet. n. 21. ubi id exemplo declarat. Ravenn. in rubric. d. consuet. c. fin. sect. 3. n. 56. & Curt. d. consuet. c. fin. sect. 4. n. 42. & seqq. Anton. Fab. in consult. d. Montisferat. Ducat. p. 1. pag. 55. Cæterum *judicis arbitrio esse relinquendum, quot actus ad consuetudinem inducendam necessarii; statuunt Doctores communiter. Gloss. in c. 1. d. consuet. Archididac. in c. frustra 8. distinct. Bald. in d. l. de quibus Salycet. ad d. l. 1. C. quæ sit long. consuet. Menoch. d. arbitr. judic. quest. d. libr. 2. c. 8. Mynsing. d. observat. 41. n. 8. Connan. 1. commentar. c. 10. Duaren. ad tit. ff. d. legibus c. 11. D. Rümelin. p. 1. pandect. disput. 2. th. 8. Bronchorst. cent. 1. assert. 8. Althuf. d. l. Forster. disput. 1. th. 36.

Controversia I X.

Per actus etiam extrajudiciales inducitur consuetudo.

Summaria.

Affirmativa controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Objicitur l. cum de consuetudine 34. ff. d. legibus. n. 8.

Cui respondetur. n. 9. 10. & 11.

Objicitur quoq; l. 1. C. quæ sit long. consuet. n. 12.

Cui respondetur. n. 13. 14. 15. & 16.

Sententia nostra communis est. n. 17.

Et secundum eam sæpius judicatum. n. 18.

1.

2.

3.

4.

IN controversiam vocatur & hoc, an id, quod in præcedent. controuv. de actuum frequentia dictum, de judicialibus præcisè intelligi debeat, ut in contradictorio judicio obtenti, nec ad consuetudinem inducendam extrajudiciales actus sint sufficientes? Ubi *affirmativa amplectenda sententia. Vera enim *consuetudinis causa est tacitus populi consensus, qui æquè ex actibus extrajudicialibus quàm judicialibus colligi & declarari potest.

Quid *etiam si ita certum sit jus, ut de eo nunquam dubitatum? quid ni majoris sit autoritatis, quàm si in contradictorio judicio obtentum.

Sed & *in iis, quæ solo consensu introducuntur, præsentiam judicis necessariam non esse; arguitur ex l. siue apud acta 28. C. d. transact.

Porro

Porro * consuetudo à lege non differt, nisi tanquàm tacitum ab expresse; sicut igitur lex absque actu judiciario inducitur; ita & consuetudo.

Atque * confert hanc in sententiam, quòd in l. nam Imperator 33. ff. d. legib. consuetudo à rerum judicatarum autoritate separatur: respondet * enim Callistratus JC. ibi: consuetudinem aut rerum perpetuò similiter judicatarum autoritatem vim legis obtinere debere.

Objicitur * nobis l. cum de consuetudine 34. ff. d. legibus ubi ait Ulpianus: in consuetudine illud primum explorandum, an etiam contradicito aliquando iudicio firmata sit. Respondemus * in d. l. 34. non excludi actus extrajudiciales, quin potius judicialibus includi: ut * arguit dictio Etiam in d. l. 34. posita, quæ non taxativa est, sed implicativa. Et * quòd in d. l. 34. dicitur, primum illud explorandum esse, an contradicito iudicio firmata consuetudo, id voluisse videtur JC. quòd fortior & facilius sit probationis modus, si per actus judiciales, quàm si per extrajudiciales probari queat.

Objicitur etiam * l. 1. C. qua sit long. consuet. ubi rescribit Imperator Alexander: Præsidem Provinciæ probatis hisce, quæ in oppido frequenter in eodè controversiarum genere servata, causâ cognita statuere debere. Respondemus * rursus, legis hujus sententiam quidem veram esse; non tamen per eam extrajudiciales actus excludi: semper * propter faciliorem probationem eò respicere debet iudex; non tamen extrajudiciales actus excludere & rejicere, si per judiciales non possit probari consuetudo, modò per extrajudiciales tacitus populi consensus probari queat. Deinde * ad h. l. 1. respondet Salycetus ibi: quòd in d. l. 1. de consuetudine judiciali circa processum servanda agatur, quæ per judiciales actus probari debeat. Quomodo * etiam ad h. l. 1. respondet De Harp. prechtus, hinc n. 34. & seqq. Et * hæc est communis Doctorum & interpretum sententia, quam sequuntur Bartol. & Castrenf. ad d. l. 32. Abbas Panormitan. consil. 73. col. pen. Jason. ad d. l. 32. n. 41. & consil. 46. col. 2. vol. 1. Socin. Senior. consil. 99. n. 3. vol. 1. Corne. consil. 293. col. 3. vol. 1. & consil. 155. col. fin. vol. 4. Franciscus Bursat. consil. 50. n. 27. vol. 1. Cravett. consil. 55. n. 6. Ernest. Cothman. respons. 1. n. 492. & seqq. vol. 3. Decian. respons. 51. n. 112. vol. 2. Hondedæ.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

consil. 53. n. 26. p. 1. Mynsing. respons. 13. n. 25. & 32. decad. 2. Sichard. ad rubric. C. quæ sit long. consuet. n. 19. & 22. Donell. 1. comment. 10. ibiq. Hillig. in not. lit. H. Connan. libr. 1. c. 10. Coras. d. art. jur. p. 2. c. 19. in fin. Bronchorst. cent. 1. assert. 10. Cujac. 20. observat. 1. Vultej. jurispr. Roman. libr. 1. c. 3. n. 6. D. Rümlin. p. 1. pandect. disput. 2. th. 9. Hackelman. disput. 1. th. 11. lit. E. Arumæ. Exercit. 1. th. 20. lit. B. Anton. Fab. in rational. ad d. l. 34. & in jurispr. Papintan tit. 2. pr. 11. illat. 1. Timæ. Faber. ad instit. disput. 3. th. 8. Et * secundum eam sæpius esse judicatum; attestantur Andreas Geilius 2. observat. 31. n. 8. & Rutger Rulandus d. commissar. p. 4. libr. 3. c. 3. n. 15.

Controversia X.

*Quot anni ad consuetudinem introducendam
necessarij, similiter judex arbitretur.*

Summaria.

Controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 1. 2. & 3.

Judex in consuetudinis introductione tantum temporis spectare debet, quantum in civium animis habitum facere potuit. n. 4.

Quò plures sunt actus, eò minus temporis requiritur. n. 5.

Prudens judex ad actuum frequentiam imprimis respicere debet. n. 6.

Duo actus notorii ad minus adesse debent. n. 7.

Quo casu sufficit decennium. n. 8.

Reiectâ distinctione inter præsentis & absentes. n. 9. 10. 11. & 12.

Doctores præsertim antiquiores rerum privatarum præscriptionem cum legis præscriptione malè confundunt. n. 13. & 14.

Plus temporis decennio tùm necessarium est, ubi de tacito populi consensu nondum satis constat. n. 15. 16. & 17.

Quò magis inveterata est consuetudo & quò diuturnior, eò fortior & efficacior. n. 18. & 19.

Minus temporis decennio attendere non debet judex. n. 20. 21. & 22.

Hilligeri sententia, statuentis in consuetudine præscribenda brevius tempus decennio sufficiens esse posse, confutatur. n. 23. 24. 25. 26. & 27.

Sententia nostra communis est & practica. n. 28. & 29.

Diximus in controv. 8. h. t. inter alia requisita legitimæ consuetudinis introducendæ hoc quoque esse: quòd inveterata & præscripta debeat esse consuetudo; quot anni jam ad eam inducendam & præscribendam necessarii; Doctores quoque inter se conflictantur.

Verissima

Verissima autem illorum est sententia, qui * hoc iudicis arbitrio relinquunt. Nam pro Regula traditur, quam in d. *controv. 8.* adduximus: quod * ea, quæ in jure nostro certò non sunt definita, iudicis arbitrio relinqui debeant. Certum * verò consuetudinis introducendæ tempus determinatum non esse; exinde constat: quod ea interdum dicatur diuturna, l. *diuturna. 33. ff. de legib.* interdum longæva, l. *fin. C. quæ sit long. consuet.* quandoque inveterata, l. *de quibus 32. ff. d. leg.* nonnunquam per plurimos annos observata l. *sed & ea 35. ff. eod. tit.*

Tantum * autem temporis spectare debet iudex, quantum in civium animis habitum facere potuit, ex quo appareat, populum jam assuevisse illi juri & vivendi rationi. Unde * quo plures sunt actus, eò minus temporis requiritur. Ad actuum * frequentiam imprimis respicere debet prudens iudex, an ea adsit, ut ex illis ad minus * duobus notoriis tacitus populi consensus evidenter appareat; quo * sanè casu decennium (à tempore primi actus computandum Alex. *consil. 212. n. 23. vol. 6.*) sufficiet. Surd. *consil. 59. n. 8.*

Non * attentâ distinctione inter præsentis & absentes. Nam in *Digest. & Codic.* dicitur de longa consuetudine; sed longum est, quod decem annos duravit. Sichard. *ad rubric. C. quæ sit long. consuet. n. 15. & 16.* ubi ita Doctores communiter sentire dicit. Ad * quid enim prodesset isthac distinctio, cum semper præsentis esse debeant litigantes in iudicio, vel per procuratorem comparere. Ad * extrajudiciales actus quod attinet, quibus induceretur consuetudo, præsentia quoque requireretur, eam introducere volentium: neque * enim in alieno territorio præscribi potest illi juri, quod in alio & diverso obtinet, sive lex sit municipalis sive generalis. Hoc * animadvertimus hîc: confundi à Doctoribus præsertim ex antiquioribus rerum privatarum præscriptionem cum legis præscriptione, quæ minimè confundenda. Johan. Faber. *hîc n. 5.* Quod * iis forsitan causam dedit, ut non solùm inter præsentis & absentes; sed etiam inter res seculares & Ecclesiasticas distinxerint. *vid. Castrens. ad d. l. 32. ff. d. legib. p. m. 11.*

Plus * temporis decennio tum necessarium, ubi de tacito populi consensu nondum satis constat, quando sc. actus difformes & contrarii occurrerent: quippe haud interrupta esse debet consuetudo. Ubi verò actuum non interruptorum & conformium

17. adesset frequentia; decennii * tempus ut aliàs ita & hîc legitimum
 18. adeoq; sufficiens esset. Quò * magis tamen consuetudo inveterata
 & quò diuturnior, eò fortior & efficacior censeretur: *vid. Ant. Fabr.*
 19. *in consult. d. Montisfer. Ducat. p. 1. p. 55.* quippe * perseverantia
 20. populi in tali consuetudine & conniventia Principis eam permit-
 tentis tantò magis appareret. Minus * verò temporis decennio
 21. non admittet iudex, utcunque ex actuum frequentia de tacito po-
 puli consensu notoriè constaret: præscripta * enim debet esse con-
 suetudo, & appellatione consuetudinis illa tantum venit, quæ præ-
 scripta. *c. Cumana d. Elect. in 6. Bald. ad d. l. 32. ff. d. leg. Alexand.*
d. Imola consil. 5. n. 9. vol. 5. p. m. 9. & consil. 36. n. 16. & 17. vol. 2. pag. 94.
consil. 173. n. 2. & 3. Geil. 2. observat. 31. n. 1. Pruckman. consil. 39. n. 66.
 22. *p. 1.* Ad * præscriptionem verò rerum immobilium (quibus res in-
 corporales assimilantur) hodie inter præsentis decennium requi-
 23. ritur. *pr. instit. d. usucap. & long. temper. præscript.* Unde * Hilligeri
 erronea est sententia, *in Donell. enucleat. libr. 1. c. 10. lit. F.* ubi statuit:
 in consuetudine introducenda & præscribenda brevius tempus de-
 24. cennio sufficiens esse posse. In * cujus confirmationem *l. cum do-*
mini 56. ff. locat. ubi diu biennium esse dicitur, adducit, & *l. deserto-*
rem 3. §. emanfor. 2. junct. l. milites 3. §. desertorem ult. ff. d. re milit.
 25. ubi quinquennium, atque *l. qui in provincia 57. §. 1. ff. d. rit. nupt. in*
qua diu quadraginta annorum esse traditur. Etenim * responde-
 tur: in allegatis textibus de nulla agi præscriptione; proinde malè
 ad præsentem controversiam accommodantur; ubi in præscriptio-
 nis terminis versamur, in quibus diuturnum tempus decennium
 26. significat, idque requiritur, ut antè ex jure firmavimus. Deinde *
 responderi potest, *diu* modò duorum, modò quinque, modò qua-
 draginta annorum esse posse, nimirum ubi leges pro materiæ sub-
 jectæ diversitate id ita determinant & circumscribunt expressè; ali-
 às verò & regulariter decem est annorum, in specie verò in præscri-
 27. ptionis materia, in qua jam versamur, in consuetudinis, sc. præ-
 scriptione. Et * si in jure longissimum tempus 30. vel 40. an-
 28. norum esse dicitur; certè 40. 2. vel 5. anni haud rectè diuturnum
 tempus dicentur. Hanc * autem communem esse Doctorum sen-
 tentiam; testatur Jason. *in l. de quibus 32. & 33. Castrens. ibidem col. 2.*
quam tuentur Panormitanus & Dd. in c. fin. x. d. consuet. n. 11. Bar-
tol. in d. l. 32. Alexand. d. Imol. consil. 212. n. 29. vol. 6. p. 42. Geil. 2.
observ.

observ. 31. n. 3. Menoch. d. arbitr. judic. quæst. libr. 2. c. 1. cas. 83. n. 6.
 Mascard. d. probat. conclus. 428. & seqq. Mynsing. resp. 43. dec. 3. n. 45.
 Schneidevvin. hic n. 5. Duaren. ad tit. ff. de legib. c. 11. Donell. 1. com-
 ment. 10. Sichard. & Pruckman. dd. ll. D. Harpprecht. hic n. 37. &
 seqq. D. Rümlin. p. 1. disput. 2. th. 10. Cujac. libr. 20. obs. 1. Vultei.
 Iurisprud. Roman. libr. 1. c. 3. n. 6. Treutl. p. 1. disp. 1. th. 9. lit. E. ibiq.
 Bachov. & Hunn. Anton Matth. ad §. 3. instit. h. t. Mynsing. 6. obs. 41.
 n. 10. Ungepaur. Exercit. 2. q. 7. Reinking. d. regim. secul. & Ecclesiast.
 libr. 2. cl. 2. c. 9. n. 13. Forster. disput. 1. th. 35. Eamque * quò ad
 decennium pleraque fori subsellia sequi; testis quoque est locuples
 Excellentiss. Dn. Præceptor quondam noster Bocerus. p. m. ad h.
 §. 9. & class. 1. disp. 4. th. 8. in fin.

29.

Controversia XI.

*Doctori Excellenti, de consuetudine attestanti,
 fides præsumptivè solum adhibenda.*

Summaria.

Consuetudinem alleganti probatio incumbit. n. 1. & 2.

Obiectio. n. 3.

Ejus solutio. n. 4.

Consuetudo in specie probanda est. n. 5.

Et quidem cum omnibus requisitis suis. n. 6. 7. & 8.

In consuetudinis probatione de facto deponere debent testes, non de jure. n. 9.

Vt concordent etiam testes in tempore & actibus, necesse est. n. 10. & 11.

Consuetudo instrumentis quoque doceri potest. n. 12.

Generalis & notoria consuetudo probatione non indiget. n. 13.

Allegari tamen debet. n. 14.

Notoriam consuetudinem non allegatam iudex ex officio supplere potest.

n. 15.

Immemoralis quoque consuetudo exactâ probatione non indiget. n. 16.

& 17.

In cujus probatione testes singulares admittuntur. n. 18.

Consuetudo legis interpretativa, sive observantia, unico actu contenta est,
 nec temporis diuturnitatem requirit. n. 19. 20. & 21.

Difficilis est consuetudinis probatio. n. 22.

Præsens controversia intricata est. n. 23.

Mynsingerus affirmativam tuctur sententiam, sed sine fundamento. n. 24.

& 25.

Quidam Doctorum distinguunt, an Doctor de consuetudine attestans versa-
 tus sit diu in loco illo, in quo de consuetudine attestatur. n. 26.

Ab Autore negativa sententia probatur. n. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. & 34.

Mynsingeri sententia refutatur. n. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. & 44.

Doctores distinguentes refutantur. n. 45. 46. & 47.

Vbi de consuetudine legis interpretativa vel stylo Curiaë quaritur; Doctori excellenti, de ea attestanti, fides habenda est. n. 48.

- i. **C**onsuetudinem * qui allegat, eam probare tenetur: facti enim
2. * est consuetudo, quod non præsumitur, sed probandum. *l. asse-*
veratio 10. C. d. non numerat. pecun. l. 1. C. qua sit long. consuet. c. 1. d.
constit. in 6. c. cum in jure de offic. delegat. Dec. in l. quatenus n. 2. d. R. I.
Johan. Petr. Surdus consil. 74. n. 13. Andr. Geil. l. 1. observat. 36. n. 16.
3. & 2. *observat. 13. n. 3. Mynsing. 5. observat. 96. n. 1.* Cui non * ob-
stat: quod juris esse dicatur consuetudo; *in l. diuturna 34. ff. d. legib.*
jura verò non probentur, scilicet per testes. *l. ab ea parte 5. ff. d. probat.*
4. Verum * enim hoc est de scripto jure, cum illud certum sit; §. *fin.*
in fin. proæm. ff. secus verò de jure non scripto, quod incertum.
5. *Mynsing. respons. 13. n. 6. decad. 2.* Et * quidem in specie est
probanda consuetudo, scilicet in terminis controversis, & in loco,
in quo controversia versatur. *Oldrad. consil. 237. n. 3. Frideric. Pruck-*
man. consil. 9. n. 51. & 52. p. 2. Probari * autem debet consuetudo
6. cum omnibus suis requisitis: nimirum * ut testes de usu populi,
7. actuum frequentia & temporis diuturnitate deponant. *Bartol. l. 2.*
q. 28. Panormitan. consil. 51. vol. 2. Mynsing. d. consil. 13. n. 19. Ut-
8. putà * quod viderint ita observari in similibus casibus & actibus,
idque frequenter publicè, præsentibus & scientibus multis perso-
nis, ita ut inde tacitum populi aut saltem majoris partis consensum
intervenisse appareat. *Cyn. in d. l. 2. C. qua sit long. consuet. Geil. d. ob-*
servat. 31. n. 14. & seq. De facto * igitur deponere debent testes
9. non de jure, quod oritur ex facto. *Alexand. d. Imola. consil. 45. n. 1. 2.*
& 3. vol. 2. p. m. 32. Concordare * autem debent testes in tempore
10. & actibus, aliàs tanquam singulares rejiciuntur, & non solum de
simplici non usu, sed & de implicito actu contrario probare de-
bent. *Alexand. d. consil. 45. n. 3.* De * singulis igitur actibus duo
11. testes deponant, necessè est: *Decian. d. consil. 51. n. 18.* ita quidem, ut in
defectu plenæ probationis sive in casu semiplenæ probationis jura-
mentum suppletorium locum non habeat. *Bald. in l. de quibus 32. ff.*
d. legib. Alexand. consil. 173. n. 2. & per tot. Cravett. consil. 325. De-
cian. d. consil. 51. n. 29. vol. 2. Non * solum autem testibus proba-
12. tur

tur consuetudo; sed etiam instrumentis doceri potest. *l. quod si nolit. §. qui assidua 6. ff. d. edilit. Edict. Bartol. in d. l. de quibus 32. ff. d. legib. n. 21. Christoph. Porc. hic n. 24. Roch. d. Curt. in c. fin. 6. q. x. d. consuet. Hartman. Pistor. quest. juris p. 2. libr. 2. q. 30. n. 12.*

Sanè * generalis & notoria consuetudo probatione non indiget. Bald. in *l. fugitivi C. d. serv. fugit.* Allegari tamen * ea debet: licet enim notorium relevet ab onere probandi, non tamen relevat ab onere proponendi. *Gloss. not. in clement. appellant. d. appellat. Joh. Fab. ad proem. Instit. n. 2. Alexand. consil. 67. per tot. vol. 7. Tametsi verò * allegata non fuerit notoria consuetudo, nihilominus tamen eam iudex ex officio supplere potest. Bartol. in l. julia ff. d. testib. in fin. Bald. in l. filiusfamiliars §. veterani col. 2. ff. d. procurat. & in auth. jubemus. 4. not. C. d. judic. Dec. consil. 481. n. 20. Decian. d. consil. 51. n. 41. & seq. vol. 2.* Ea quoque * quæ de exacta consuetudinis probatione adducta de longæva, vel diuturna, non de immemoriali consuetudine, vim privilegii habente, intelligenda sunt: in * qua sufficit deponere testes, talem esse usum & consuetudinem, nullum extare, qui contrarium viderit, vel audiverit observari: & talem esse communem omnium opinionem, præsertim eorum qui similem practicam habent. *Oldrad. consil. 244. col. 3. verb. opponebatur. Decian. d. consil. 51. n. 37. & seq.* In consuetudinis quoque immemorialis probatione sufficere * testes singulares; tradidere Alexander *consil. 172. col. pen. vol. 2. & Oldradus consil. 254. col. 4. versic. 3.* Vera * etiam sunt ea, quæ de probanda consuetudine adducta in dispositiva consuetudine sive inductiva, quæ sc. vel juris correctoria est, vel præter jus inducta; aliud * verò obtinet in consuetudine legis interpretativa, quæ observantia appellatur: hæc enim * favorabilior est dispositivâ, ideòque omninò servanda, nec actuum requirit frequentiam, neque etiam temporis diuturnitatem, sed unico actu contenta est, qui in notitiam populi pervenerit. *Decian. d. consil. 51. n. 55. & 58.*

Ex præmissis * liquidum est: difficilem esse consuetudinis probationem, eoque faciliùs apparebit, quid ad principalem controversiam nostram sit respondendum: nimirum an Doctori excellenti, de consuetudine in scriptis suis attestanti, fides habenda sit. Quæ * sanè controversia propter tot magnorū Icc. pro parte utraq; pugnantium auctoritatem, intricata aliàs videri posset. Equidem * affirmat.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25. affirmativam ejus sententiam tuetur Joachimus Mynsinger, *cent. 5. observat. 96. n. 2. & 3.* Sed * nil probat Mynsinger, nisi quod dicat, hanc communem esse Doctorum sententiam, secundum quam in Camera Imperiali aliquando judicatum fuisse.

26. Quidam * verò Doctorum mediâ incedentes viâ distinguunt, an Doctor de consuetudine attestans versatus sit diu in loco illo, in quo de consuetudine attestatur, ut tûm attestatio ejus præsumptivè saltem probet, ita ut onus probandi contrarium in adversarium transferatur. Anton. Gabriel. *conclus. 4. n. 3. tit. d. probat.* Joseph. Mascard. *d. probation. conclus. 528. n. 6.* Bursat. *consil. 201. n. 47. vol. 2.* Hondedæ. *consil. 101. n. 39. & consil. 110. n. 19. & 20. p. 1.* ubi ita Doctores magis communiter concludere dicit. Decian. *resp. 17. n. 38. vol. 2. & resp. 96. n. 7. vol. 3.* Cravett. *consil. 166. n. 9.* Gozadin. *consil. 189. col. 4. pr.* Wessenbec. *consil. 43. n. 74. p. m. 1047.* Pruckman. *consil. 47. n. 33. & seq. & consil. 9. n. 65. & seqq.*

27. Verû * negativa sententia nobis amplectenda videtur: quam
28. * firmiter corroborant ea, quæ suprà de consuetudinis tanquam fa-
29. cti præmisimus probatione. Legitimè * & plenè probanda est consuetudo; illa verò probatio, quæ per Doctoris in scriptis fit attestationem, ne quidem semiplena dici potest: quippe jurati debent esse testes, aliàs fides iis non adhibetur. *l. jurisjurandi 9. C. d. testib.* Mynsing. *cent. 3. observat. 80.* Unius * etiam testis tanquam singularis testimonium in jure non admittitur: cûm * ad minimum duo testes esse debeant, ut plenè quid probatum dici possit. *l. ubi numerus 12 ff. d. testib. l. 1. in fin. d. t.* Itaque * cum omnibus suis requisitis probanda est consuetudo: siquidem factû, cujusmodi est consuetudo, prudentissimos plerunque fallere potest. *l. in omni 2. ff. d. fact. & jur. ignorant.* adeoque * in consuetudine asserenda lcc. etiam exercitatissimi facilè decipiuntur. Facit * & hanc in sententiam, quòd judici de consuetudine attestanti fides non habeatur, ita ut onus probandi in adversarium transferatur, ut magis communiter Dd. sentiunt; idem igitur de Doctore dicendum, cûm eadem hîc ratio obtineat. *l. illum 32. ff. ad L. Aquil.*

35. Quamvis verò * Mynsinger *d. observat. 96.* affirmativam communem dicat; tamen adhuc dubium, utrâ sententia magis communis sit, quin negativam magis communem esse; asserit Ludolphus Schraderus *d. feud. p. 1. q. 1. n. 5.* & Pruckmannus *consil. 9. n. 65. & seqq.*

& seqq p. 2. eamque * interpretes neque numero neque pondere
 Mynsingero & asseclis inferiores defendere; attestatur Cothman-
 nus: *consil. 13. n. 50. & seq. vol. 1.* ubi multos adducit, qui ibi videri
 queunt, quibus addendus Decian. *consil. 18. n. 28. vol. 1. & resp. 17. n. 38.*
vol. 2. resp. 96. n. 7. vol. 3. & resp. 55. n. 19. vol. 1. Coras. *d. jur. art. p. 2.*
c. fin. Treutler. p. 1. disput. 1. th. 9. ibiq. Bachov. *pag. 464.* Forster. *di-*
sput. 1. th. 38. Quamtuvis * etiam dubium esset, utra sententia
 pro magis communi habenda; tamen negativa amplectenda esset:
 in * conflictu enim communium opinionum ubi non constat, quæ
 opinio magis communis, sicut aliàs in dubio juris æquitas stricto
 juri præferri debet; ita & hîc illa præferenda sententia, quæ est be-
 nignior; benignior verò sententia est, per quam jus commune con-
 servatur. *l. benignius. 18. ff. d. legib.* Sed per negativam sententiam
 jus commune conservatur: cùm hîc de obrogando jure communi,
 vel præter id, de novo inducendo per consuetudinem agatur; Ergò
 amplectenda erit. Quinimò * posito, in veritatis tamen præjudi-
 cium minimè admissio, Mynsingeri sententiam esse magis commu-
 nem; tamen ea nullo modo attendenda esset: cùm * contrà manife-
 stum & notorium jus pugnatet, siquidem per testes vel instrumenta
 probari debet consuetudo; communis * verò opinio contrà evi-
 dens & notorium jus pugnans minimè sequenda est. Quod * ad
 præjudicium à Mynsingero allegatum attinet; temerè quidem Ca-
 meralia præjudicia non sunt rejicienda vel contemnenda, non ta-
 men pro Delphico aliquo oraculo habenda, inprimis verò ubi no-
 torio juri ejusque rationi deprehenduntur esse repugnantia: quo
 certè casu sicut communis Doctorum opinio non attenditur, ita nec
 præjudicia attendenda: nisi * frequentia adesset præjudiciorum,
 quæ in vim consuetudinis dispositivæ sive inductivæ (aliis sc. con-
 currentibus ejus requisitis) valere deberent. Non * sufficit etiam
 allegari præjudicia; sed merita quoque causæ exactè ponderanda
 sunt, seduloque decidendi causa indaganda. Verissimè * enim
 dicitur, præjudicia se instar referentis alicujus habere, ideòque ni-
 hil certi probare, nisi antè de relato exactiùs constiterit. *l. in testa-*
mento 27. ff. d. condit. & demonstrat. auth. si quis in aliquo C. eod. tit.
Geil. 1. observat. 82. n. 26. Cothman. *d. consil. 13. n. 124. vol. 1.* D. Wil-
 helm. Anton. *in corollar. tract. d. rescript. morat. annex. ex jure consuet.*
coroll. 3.

36.

37.

38.

39.

40.

41.

42.

43.

44.

45.

46. Ubi * verò præjudicia ejusmodi præsertim summi Imperii Tribunalis neque notorio juri neque ejus rationi deprehenderentur esse repugnantia, sed de dubio essent jure; ea tanquam consuetudo legis interpretativa sive observantia essent sequenda.
47. Porro * neque distinguens Doctorum sententia ita absolute & simpliciter est approbanda: etsi enim Doctor aliquis diu sit versatus in foro illo, de cujus consuetudine attestatur; tamen nec sic
48. legitimè & plenè probata esset consuetudo. Hoc * quidem verum, quòd tali casu præsumatur pro Doctore excellenti; non tamen ita, ut plenum probandi onus in adversarium transferatur, sed ita solum præsumitur, pro Doctore illo, ut præsumptio hæc adminiculum aliquod in probatione præbeat. Quæ * sanè præsumptio per
49. aliam & quidem fortiores præsumptionem facilè elidi posset, ut si exempli causâ unicum aliquod præjudicium allegaret is & probaret, qui se super scripto fundaret jure; præsumptio isthæc elisa esse censeretur.
50. Cæterum * eo casu, ubi de consuetudine legis interpretativa vel Curia scilicet de Stylo curia probando quæritur, Doctore excellenti de ea in foro illo, in quo diu versatus, attestanti fidem esse habendam; rectè concludunt Panormitanus. *consil. 53. n. 4. p. 2.* Joh. Ceph. *consil. 709. n. 31. vol. 5.* Joh. Fichard. *consil. 43. n. 2.* Mascard. *d. probat. conclus. 426. n. 24. vol. 1.* Cothman. *d. consil. 13. n. 117.* qui Bartoli à Mynsingero allegati sententiam in l. de quibus 32. ff. d. legib. de tali consuetudine intelligendam esse volunt.

Controversia XII.

Consuetudo de casu ad casum ex rationis paritate non extenditur.

Summaria.

- Ius scriptum ex rationis paritate de casu ad casum extendi potest. n. 1.
 Quod non procedit in jure non scripto. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.
 Sententiam nostram defendunt Dd. communiter. n. 14.
 Consuetudo verò legis interpretativa de casu ad casum rectè extenditur n. 15.
 & 16.
 Tum etiam consuetudo extensibilis est; ubi sub verbis consuetudinis casus, ad quem fit extensio, comprehenditur. n. 17. 18. 19. 20. & 21.

Sicut

Sicut & tam, ubi casus occurrentes se invicem ut correlativa habent. n. 22. & 23.

Item quando unum consecutivè venit ad alterum. n. 24. & 25.

Extendi quoque potest consuetudo de casu ad casum, ubi major dubitandi esset ratio in casu deciso, quàm in non deciso. n. 26. & 27.

JUS * scriptum quidem ex rationis paritate de casu ad casum extendi potest, ut respondit Julianus Ic. in l. non possunt 12. ff. d. legib. dum ait: non posse omnes articulos sigillatim aut legibus aut Senatusconsultis comprehendere, sed cùm in aliqua causa sententia earum manifesta est, eum qui jurisdictioni præest ad similia procedere atque ita jus dicere debere. Verùm * hoc non procedit in jure non scripto, sive consuetudine. Pari * passu enim ambulant statutum & consuetudo, & de uno ad alterum rectè ducitur argumentum: Abb. in c. causam quæ. circ. fin. d. rescript. Aym. Cravett. consil. 814. n. 1. Matth. Welsenbec. consil. 53. n. 19. p. 1. Hunn. d. autorit. & interpret. jur. c. 10. p. m. 175. in * eoque solo differre invicem putantur: quod statutum expresse, consuetudo verò tacito consensu introducatur. Geil. 2. observat. 31. n. 3. Mynsing. cent. 6. observat. 41. n. 16. Hunn. d. autorit. & interpret. jur. c. 9. versic. sed & statutis p. m. 158. Atquin * statutum à jure communi interpretationem passivam accipit. l. 1. § lex Falcidia ibiq. Bartol. & Alex. d. Imol. ff. ad l. Falcid. l. 2. C. d. noxal. action. c. cùm dilectus d. consuet. c. ad audientiam & c. cùm dilectus d. cleric. non resid. Cravett. consil. 641. n. 11. Et * si juri communi contrarium, strictim interpretandum est: Bartol. in l. Caesar. 17. in repetit. ff. d. publican. & vectigal. n. 18. & seqq. Geil. 2. observat. 33. n. 1. & seqq. Berlich. conclus. 13. n. 12. p. 1. ita * quidem, ut in re dubia quàm minimum potest, juri communi derogetur. l. 3. § hæc verba ff. d. negot. gest. l. 1. § si is qui navem ff. d. exercit. action. l. si verò §. de viro ff. solut. matrim. l. sancimus C. d. testam. l. precipimus C. d. appellat. Bartol. in l. omnes populi ff. d. justit. & jur. n. 56. & 60. Cravett. consil. 848. n. 6. Berlich. d. conclus. 13. n. 13. Quin * statutum juri communi contrarium ita erit restringendum, ut sufficiat si modò effectum in aliquo producat; extensio verò ad alia neque activè neque passivè admittatur. Aym. Cravett. consil. 625. n. 6. Idem * igitur juris in consuetudine locum obtinebit. Et quod * consuetudo stricti sit juris & ad unguem observanda; in terminis tradit Bald. in l. quicumq. 4. C. d. serv. fugit. Comprobat *

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

etiam sententiam nostram *l. quod verò 14. ff. d. legib.* ubi traditur : quod contrà rationem juris receptum, ad consequentias non esse producendum.

12.

Item * confirmat hoc *l. quod non ratione 39 ff. d. r.* ubi respondet Celsus JC. id quod non ratione introductum, sed errore primùm, deinde consuetudine obtentum, in aliis similibus non obtinere. At * verò consuetudo correctoria juris contrà jus ejusque rationem introducit. Quare ad similia non erit producenda.

13.

14.

Quam * sententiam nostram defendunt Doctores communiter, attestante Rocho de Curte, in *c. cum tanto x. de consuet.* ubi unicum Fulgosium hinc dissentire dicit, in *l. de quibus 32. ff. de legib.* Abbas ad *d. c. fin. x. d. consuet.* Bartol. in *l. 2. C. quasit long. consuet.* Innocent. in *c. dilecto de offic. Archidiacon. col. 3. in pr.* Anton. de Butr. in *d. c. fin. d. consuet.* Alexander de Imola *consil. 115. n. 3. vol. 1.* Paul. de Castro, in *d. l. de quibus 32. ff. d. legibus.* Bald. in *d. l. quicumq. 4. C. d. serv. fugit & consil. 257. vol. 2.* Aretin. *consil. 44. & consil. 132.* Joh. Petr. Surd. *consil. 138. n. 8.* Tiber. Decian. *respons. 51. n. 30. & seq. vol. 2.* Hondedæ. *consil. 75. n. 46 p. 2.* Ioh. Fabri ad *§ h. 9. Anton. Faber. in Codic. ad tit. d. SS. Eccles. definit. 45. n. 19. in allegat.*

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

Verùm * in consuetudine legis interpretativa sicut ipsa lex de casu ad casum ex rationis paritate & identitate extendi potest; ita & talis consuetudo : quo * sanè casu non tam consuetudo, quàm potius ipsa lex scripta extendi videtur. Sed * & tum extendi potest consuetudo, ubi sub verbis consuetudinis, casus ad quem fit extensio, comprehenditur. Exempli * causâ : si consuetudine excluderetur filia à successione existente masculo, illa ad neptem quoq; rectè extenderetur : quoniam * neptis filia quodammodò dici potest & filia appellatione contineri : *l. liberorū 220. ff. d. V. S. filia* * enim extinctâ neptis in ejus locum & jura succedit : quomodò * sanè non videtur extensio fieri, cùm neptis sub dispositione consuetudinis contineatur. Bartol. in *d. l. 220.* Roch. d. Curt. ad *d. c. fin. x. l. consuet. sect. 4. n. 12.* Decian. *consil. 51. n. 123. vol. 2.* Deinde * ex rationis identitate extenditur consuetudo, ubi casus occurrentes se invicem ut correlativa habent : ut * maritus & uxor, emptor & venditor, locator & conductor : quibus casibus consuetudo in uno correlativorum disponens & in altero disposuisse censetur. *l. 2. C. d. indict. viduit. tollend.* Gloss. in *c. 2. locat.*

& in

& in l. 1. C. ne fidejuss. dot. dent. Sed * & tum extendi potest consuetudo, quando unum consecutivè venit ad alterum. Exempli * causâ in dignitatibus inferioribus, ætas ordinem annexum habentibus certa ætas est determinata: si per consuetudinem restringatur ætas in dignitate, restringi etiam in ordine annexo censetur. c. cùm in cunctis §. 1. d. Elect. l. tutelæ ff. d. captiv. & postlim. revers. Roch. d. Curt. d. l. n. 16. Denique * rectè extenditur consuetudo de casu ad casum, ubi major ratio dubitandi esset in casu deciso, quàm in non deciso: ut * si exempli gratiâ consuetudo esset, ut bannitus interfici posset & vulneraretur; vulnerans vi consuetudinis impunè fecisset hoc: si enim occidi potuit bannitus, certè multò magis vulnerari. Johan. Fabri hîc n. 15. Add. Alexander d. Imol. consil. 68. n. 21. vol. 2. p. m. 49. Paris. consil. 13. n. 41. & seq. vol. 1.

24.

25.

26.

27.

Controversia XIII. *Jus naturale est immutabile.*

Summaria.

Jus naturale immutabile est. n. 1.

Cujus rationes assignantur. n. 2. 3. & 4.

Jus civile immutabile est. n. 5. & 6.

Quid sit jus Civile. n. 7. 8. 9. & 10.

Jure naturali non solum additur vel detrahitur à jure civili, sed etiam à jure Gentium. n. 11. & 12.

Jus civile in thesi & hypothesis in totum mutatur. n. 13.

Jus Gentium secundarium ut civile mutari potest. n. 14.

Quid ad §. sed naturalia 11. h. t. sit respondendum, variaz Interpretum sententiaz referuntur. n. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. & 24.

Autoris responsio. n. 25. 26. & 27.

Imperator Justinianus * in §. 11. h. t. ait: naturalia jura, quæ apud omnes gentes peræque observantur, semper firma & immutabilia permanere. Cujus * rationem assignat ibi Imperator: quòd divinâ quâdam providentiâ sint constituta. Aliam * rationem addit D. Besoldus in delibat. ex libr. 1. pandect. delibat. 7. p. 8. quòd jus naturale naturam sequatur, quæ non corrumpatur. Quin * in ipsa natura radicatum est jus naturale; sicut igitur natura est immutabilis; ita etiam jus naturale. Quod non solum verum est de jure

1.

2.

3.

4.

- de jure naturali primævo ; sed etiam secundario , hominibus proprio, videlicet jure gentium primævo. Porro dicit Justinianus Imperator in §. *h. 11.* Ea verò, * quæ ipsa sibi quæq; civitas constituit, sæpè mutari solent , vel tacito populi consensu , vel aliâ postea lege latâ. In quo * opponit sibi invicem Imperator Jus naturale & civile.
7. Sanè * Jus civile dicitur esse, quod non in totum à naturali ratione recedit neq; in totum ei servit. *l. jus civile 6. ff. d. Instit. & jur.* Quando * igitur jus civile addit quid juri naturali, fit illud in tali hypothesi civile. Sicut * & tum, ubi quid à Legislatore constituitur, quod juri naturali non quidem in specie sed in genere est conveniens. Exemplum * nobis suppeditat contractus stipulationis, qui juris civilis esse dicitur ; & tamen de jure naturali in genere participat : scilicet quatenus juri naturali convenit, conventa pactaque servare. *l. 1. pr. ff. d. pact.*
11. Non * solum autem additur juri naturali idque mutari videtur à jure civili, sed etiam gentium. Sic * jure naturæ omnes homines liberi nascebantur, quam deinde naturalem libertatem servitus, de jure gentium constituta, invasit. §. *1. & 2. Instit. d. jur. person.*
12. Sanè * jus civile in thesi & hypothesi mutatur in totum, non autem jus naturale, nimirum id quod additur juri naturali à jure civili in aliud civile mutatur, naturali jure semper firmo permanente.
14. Jus * autem gentium secundarium ut civile mutari potest. Haftenus enim utriusque par est ratio : nam sicut Jus Civile quælibet Civitas sibi proprium constituit ; ita Jus gentium secundarium gentes necessitate humanâ urgente introduxerunt : ut adeò tam Jus gentium secundarium quàm civile sit positivum, mutationi igitur obnoxium existit. *vid. D. Harpprecht. ad §. h. 11. n. 9. & seqq. D. Lanf. & Bielke in dissert. de legibus conclus. 46. Besoldus d. de libat. 7.*
15. Verùm * quid ad §. *11. h. t.* in quo jura naturalia immutabilia esse dicuntur, erit respondendum ? Glossa * hîc respondit : quòd licet jus naturale non mutetur secundum rei veritatem, tamen quò ad sui observantiam mutetur. Bartolus * hîc haud paulò aliter respondet, dum dicit : quòd jus gentium immutabile sit in

fit in sua totalitate, quæ in certo casu per justam causam mutari possit. Salycetus * *ad l. 2. C. quæ sit long. consuet.* distinguit inter substantiam juris naturalis & ejus observantiam. Johannes Faber * *hic n. 1.* dicit: destrui non posse jus naturale, sed tamen modificari & declarari. Quam * *responsionem* sequi videtur D Harpprechtus *hic n. 3. & 4.* ubi ait: Jus naturale hætenus mutabile esse, ut declarari id possit & determinari. Matthæus Wesenbecius * *hic n. 2.* respondet: quod, cum per se consideratur jus naturale in abstracto, prout in judicio rationis existit, non ut in hominum actionibus habetur, sit immutabile: quod juxta regulam istam accipiendum, ut si contrarietas legum naturæ incidat, semper lex inferior cedat superiori, leges secundæ tabulæ cedant primæ. Reinhardus Bachovius * *hic n. 2.* dubium hoc ita tollit: quod licet jus naturale in aliqua Republica in applicatione ad subitidos inflexionem aliquam patiatur; tamen nullam in se patiatur mutationem, quod secus in jure civili, quod totum quantum est mutetur.

2. Dicit Bachovius: * *generales istas notiones, quæ à rectâ & simplici ratione fluunt, scilicet de colendo Deos, venerando parentes, vix ullam pati mutationem, quamvis in modo varient apud gentes varias.* 3. Ait Bachovius: * *quod jus naturale non mutetur rectâ sed obliquè, aliquando & ex hypothesi: veluti ita defendendi sui causâ ob injustam invasionem liceat hominem occidere, quod aliàs jure vetitum, cum præceptum inferius cedat superiori.*

Verum enim verò * *licet hæ limitationes, ad §. h. II. quæ ad idem ferè collimant, haud contemnendæ videantur; nobis tamen ad d. §. II. ita respondere placuit: quod scil. principia, theses ac Regulæ juris naturalis & Gentium primævi contrariis regulis ac principiis mutari non possint: sicut enim naturam tollere & mutare non potest Legislatores, vel JC. ita nec jus naturæ, quod Divinâ quâdam providentiâ constitutum, quod naturam sequitur, & quod in ipsa natura radicatum est. Verum in hypothesibus à tenore juris naturalis preecedere potest & deflectere Legislatores, ubi causæ & circumstantiæ hoc volunt & jubent, quod contra rationem minimè pugnat. Nam * ut eleganter cum Vultejo loquitur Richardus Dieterus: in dissert. d. summ. summ. Imper. potest conclus. 36. quandoque à naturæ jure, quod immutabile, paulatim receditur*

18.

19.

20.

21.

22.

23.

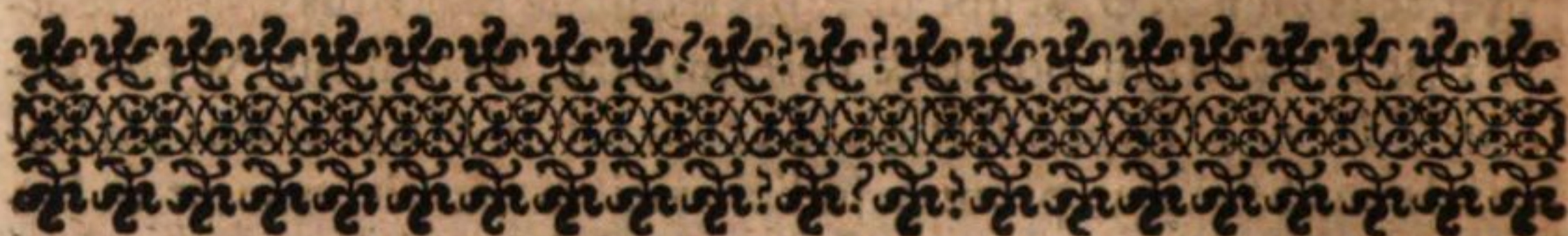
24.

25.

26.

47.

tur ut ad ipsum adeundi via sit commodior, ne si directò ad ipsum eatur, ad ipsum non perveniatur. Legislator * igitur crudum illud jus naturale temperare potest & determinare, idq; applicando quasi mutare, ut tamen substantia ejus salva semper maneat. Vid. Timæ. Fab. ad Instit. disput. 3. th. 13.



De

PATRIA POTESTATE.

TITUL. IX.

Controversia I.

Patria potestas est Juris Civilis.

Summaria.

Patria potestas parentibus in liberos de omni jure competit, tam Divino quàm naturali & Gentium. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Galli jus vitæ & necis in liberos & uxores olim habuere. n. 6.

Sicut etiam Persarum & superioris Asiæ populi. n. 7.

Romulus jus vitæ & necis tribuit parentibus non absolutè, sed in terminis suis. n. 8.

Non Servius Tullius, sed Numa Pompilius jus vitæ ac necis parentibus ademit. n. 9.

Patria potestas quoq; est juris Civilis. n. 10. 11. 12. 13. 14. 15. & 16.

Objectio. n. 17.

Ejus solutio. n. 18. 19. 20. 21. & 22.

Error Bodini & Bachovii detegitur. n. 23. & 24.

Iustinianus indignè à Bachovio notatur. n. 25. & 26.

1.

2.

JUS patriæ potestatis tam * de jure Divino, quàm naturali & Gentium parentibus in liberos competit. Et quidem * jus Divinum magna præmia constituit iis, qui in honore parentes suos habent,

eos debito prosequuntur cultu iisque obedientiam præstant; execrationem verò comminatur iis, qui ea facere neglexerint seque immorigeros ergà parentes gesserint: aded * quidem, ut nulla major in Sacris literis sit execratio, quàm adversus eos, qui ad malè tecta patris pudenda adrisissent. *Ezech. c. 22. versic. 7. & 10.*

De jure naturali * patriam esse potestatem, exinde facile potest colligi: quòd, cùm principium generationis det pater, liberos suos alere, educare & thesauros iis quærere naturali vinculo sit obstrictus; etiam de naturæ jure æquum sit & justum, eum potestatem in liberos exercere.

De * jure quoque Gentium esse patriam potestatem; stabilitur ex *l. 1. §. ult. & l. seq. ff. d. justit. & jur* ubi dicitur: juris Gentium & hoc esse, ut parentibus pareamus. Atque plusquam notum est: omnes Gentes potestatem in liberos suos usurpasse & adhuc usurpare. De Gallis * scribit C. Julius Cæsar: *in comment. d. bell. Gall.* eos jus vitæ & necis in liberos suos & uxores habuisse. Idemque jus * Persarum & superioris Asiæ populos, Hebræos sc. Helvetios, Romanos, Celtas & Indos occidentales usurpasse; tradit Johannes Bodinus. *d. Republic. libr. 1. c. 4. p. m. 34.*

Non tamen * putandum est: ita Romulum jus vitæ ac necis in liberos permisisse parentibus, ut tyrannidem, aut carnificinam aliquam injustam in eos exercere potuissent; sed ut filiorum scelera justis patrum decretis vindicarentur. Quod * vitæ & necis jus non multò post Tullum Hostilium à Servio Tullio non Numa Pompilio, ut scribit Dionysius Halicarnassæus, ademptum esse parentibus; observavit & probavit Jacobus Rævardus. *ad l. 12. tabular. c. 3. p. m. 17. & seq.*

Non * solùm autem juris Divini, naturalis & Gentium est patria potestas; sed etiam juris Civilis. Nam * solos Cives Romanos connubium habere, scilicet jus uxoris ducendæ, dicitur, *in pr. Institut. d. nupt.* Atquin per matrimonium acquiritur patria potestas. Unde sequitur: hanc quoque potestatem sicut matrimonium ipsum solos habere cives Romanos, & sic eam juris civilis esse: qualis enim causa, talis etiam est effectus. Et * *in l. item 3. ff. d. his qui sunt sui vel alien. jur.* potestas hæc jus civium Romanorum proprium dicitur. Atque *in §. jus autem 2. h. t.* ait Justinianus Imperator: nullas alias Gentes esse, talem in liberos suos potesta-

13. tem habentes, qualem cives Romani habeant. Neque * enim usquam apud alias Gentes liberos necessarios hæredes facere iisdemque testamentum condere permissum est & usitatum, sicut apud Romanos. *l. moribus 2. ff. d. vulg. & pupill. substit. l. conditionibus 5. ff. d. condit. & demonstrat.* Sunt * & alia jure Quiritium introducta, quæ aliis Gentibus non communia: ut adoptio & legitimatio, quibus acquiritur patria potestas: item emancipatio, quæ solvitur. *Vid. D. Bocer. Class. 1. disputat. 7. th. 16.* Et * quamvis quædam aliis quoque Gentibus communia; ea tamen non communi Gentium jure, sed cujusque gentis peculiari constitutione communia sunt. Et * ergo verissime juris Civilis est patria potestas.
17. Neque * adversantur ea, quæ suprà de naturali & Gentium jure sunt prolata, nimirum juris naturalis & Gentium esse patriam potestatem. Distinguendum * namque est inter potestatem à Legislatoribus civibus Romanis concessam, & jus paternum omnibus Gentibus à lege Naturæ tributum: illa sola civibus Romanis propria est, hoc verò omnibus gentibus commune. Nos verò de illa inprimis agimus hinc potestate, quæ civium Romanorum propria & quæ juris civilis est. Et * quamvis plura patriæ potestatis jura aliis etiam gentibus sint communia; hæc tamen potestas verè & formaliter est juris civilis, sicut alia pleraque, quæ juris sunt naturalis, & tamen à jure civili formata, quæ ideò juris civilis dicuntur.
20. Nam * jus civile est, quod non in totum à naturali ratione recedit neque in totum ei servit. *l. jus civile 6. ff. d. Instit. & jur.* Et
21. * ergo crudum illud patriæ potestatis jus, à naturali jure introductum & omnibus Gentibus commune, à Legislatoribus Romanis temperatum est & formatum, pluresque ei effectus additi, qui juri naturali speciali & Gentium fuere incogniti. Quamvis * enim & aliæ gentes jus patriæ potestatis formatum habeant, hæc tamen potestas, quæ juris civilis, à jure Romano peculiarem & propriam accepit formam. Unde * constat, errare Bodinum *d. Republ. d. l.* & Bachovium *in tractat. d. action. disput. 2. parerg. 3.* in Hunnium acerbius invehentem, statuentes: patriam potestatem non ratione formæ propriæ, sed accidentalis esse juris civilis. Etenim * ratione materiæ est juris naturalis patria potestas, ratione formæ communis juris Gentium; ratione verò formæ propriæ juris civilis: pariter
24. ter

ter ut quælibet Gens juri suo patriæ potestatis vel per usum, vel per peculiarem constitutionem peculiarem & specialem sive propriam formam indidisse conspicitur. Verissimè * igitur dixit Justinian⁹ Imperator, *in §. 2. h. t.* hoc nomine indignè & indecenter notatus à Bachovio: *d. l. jus potestatis, quod in liberos habemus, proprium esse civium Romanorum; cum * nulli alii sint homines, qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habeamus. Addat. Bartol. in l. frater ff. d. condict. indebit. n. 12. Bald. in tract. d. substit. in mat. exempl. n. 23. Arius Pinell. ad tit. C. d. bon. matern. n. 3 p. 2. ubi sententiam hanc communiter receptam esse dicit Francisc. Duaren. ad tit. ff. d. condict. indebit. c. 6. p. m. 911. & ad tit. d. his qui sunt sui vel alien. jur. c. 1. Wesenbec. in w. d. t. n. 3. Ungepaur. Exercit. 3. q. 2. p. 87. & seq. Joh. Dauth. d. testam. n. 169. p. m. 150. D. Bocer. Class. 1. disput. 7. th. 9. Berlich. prætic. conclus. p. 2. conclus. 11. n. 1. & seqq. D. Harpprecht. ad §. 2. h. t. n. 1. & seq. Besold. in delib. ex libr. 1. ff. delib. 18. Vultej. in pr. h. t. n. 14. & seq. Hottoman. ibid. Timæ. Fab. ad Instit. disput. 5. th. 2. Jacob. Ravard d. c. 3. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 2. c. 20. lit. C. Anton. Matth. ad §. 2. h. t.*

25.

26.

Controversia I I.

Judæis in liberos suos patria competit potestas.

Summaria.

De origine Judæorum n. 1. & 2.

Populus Iudaicus electus Dei populus fuit. n. 3.

Qui tamen se singulari Dei gratiâ indignum fecit. n. 4.

Cujus progenies in poenam summæ incredulitatis hodie exulare conspicitur. n. 5.

An Judæi in Christiana Republica salvâ conscientia tolerari possint. n. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

Judæi è Gallia, Hispania & aliis Germaniæ Provinciis proscripti sunt. n. 12. 13. & 14.

Judæi in Imperio Romano de jure communi tolerantur. n. 15. 16. & 17.

Hodie ius Iudæos recipiendi Regale factum est. n. 18.

Bona Iudæorum sub pace publica tam activè quàm passivè comprehenduntur. n. 19.

Judæi Christianorum forum fortiuntur. n. 20.

Iudæis de Germaniæ consuetudine & Stylo Cameræ juramentum suppletorium deferri potest. n. 21.

Iudæi contra Christianum testes esse possunt. n. 22. & 23.

Quod iniustum esse videtur. n. 24.

Iudæi hodie contra Christianum iniquissimæ sæpè causæ victoriā obtinent. n. 25.

Iudæus minor læsus in integrum restitui potest. n. 26.

Quinquennales sive moratorix induciæ Iudæis quoq; conceduntur. n. 27.

Iudæu procuratoris officio fungi potest. n. 28.

Alium tamen substituere non potest. n. 29.

Nec juramentum per procuratorem Christianum præstare potest. n. 30.

Iudæus ab omnibus dignitatibus & publicis officiis removetur. n. 31. & 32.

Iudæus ad juratoriam cautionem non admittitur. n. 33.

Nec ex testamento Christiani capere quid potest. n. 34.

Ad Ecclesiam confugiens immunitatem non impetrat. n. 35.

Iudæus privilegiis, de iure speciali Christianis concessis, non gaudet. n. 36. & 37.

Iudæus iure Romano utitur, si inter eum & Christianum lis versetur, secus si inter ipsos Iudæos. n. 38. & 39.

In delictis iudicatur Iudæus non secundum legem Mosaicam, sed secundum leges Romanas. vel consuetudinem. n. 40.

Iudæus incestas contrahens nuptias, secundum jus civile quidem damnatas, secundum legem verò Mosaicam permissas, incestus poenā non punitur. n. 41.

Iudæi liberos suos sub patria habent potestate. n. 42. 43. 44. 45. 46. & 47.

Filius Iudæus, ad Christianismum conversus, à patris Iudæi potestate liberatur. n. 48.

Iudæa ad Christianismum conversa filios è mariti sui potestate ayocare potest. n. 49.

Obiectio. n. 50.

Ejus solutio. n. 51. 52. 53. 54. 55. & 56.

1. **D**E * origine Iudæorum ita scribit Justinus: *libr. 36. n. 2. p. 271.* Iudæis origo Damascena, Syriæ nobilissima civitas. Post Damascum Abraham, Moyse & Israël Reges fuere. Sed Israël felix decem filiorum proventus majoribus suis clariorem fecit. Itaque populum in decem Regna divisum filiis tradidit omnesque ex nomine Iudæ, qui post divisionem decesserat, Iudæos appellavit: colique ejus memoriam ab omnibus iussit. Ejus portio omnibus accesserat. Præter * Ethnici autem hujus Scriptoris testimonium firmitus nobis Sacræ literæ suppeditant, inprimis verò elegans ille locus *Genes. cap. 49. v. 8. & seqq.* cujus verba formalia Germanicè ita habent: *Juda du bistst/ dich werden deine Brüder loben/ deine Hand wird deinen Feinden auff dem Halse seyn/ für dir werden*
2. *deines*

deines Vatters Kinder sich neigen. Juda ist ein junger Löwe und wie ein Löwin / wer will sich wider ihn auflehnen ? Es wird das Scepter von Juda nicht entwendet werden / noch ein Meister von seinen Füßen / biß daß der Held komme / und demselben werden die Völker anhangen. Er wird sein Füllen an den Weinstock binden / und seiner Eselin Sohn an den Edlen Neben. Er wird sein Kleid im Wein waschen / und sein Mantel im Weinbeerblut / seine Augen sendet röthlicher dann Wein / und sein Zahn weißer dann Milch. Hic * sa-

nè populus propter exploratam fidem majorum electus Dei populus fuit, à quo ingentia sapissimè accepit beneficia, cui se Deus primùm manifestare voluit, ac per Prophetarum suorum spiraculum certam de futuro Messia promissionem fecit. Verùm * tanta ejus adversus Deum sæpius fuit mentis obstinatio, ut se beneficiis hisce Divinis planè indignum reddiderit, advenientem Messiam Salvatorem Mundi omni ludibrio habuerit, & tandem contumeliosâ Crucis morte mactârit. Cujus * populi progeniem in pœnam summæ incredulitatis & ingratitude hodie ex severo & justo Dei judicio per totum & universum mundum dispersam exulare videmus.

Unde * primùm quæri solet : an in Republica Christiana salvâ conscientia recipi & tolerari possint Judæi : nimirum propter horrendas, quas in Christum quotidie evomunt injurias, & improbum fœnus, quod in Christianos exercent. Et * quamvis plerique sentiant, eos sub certis conditionibus (quarum præcipuæ, ut abstineant à convitiis in Christum & usurariis contractibus) propter spem conversionis ad Christum esse recipiendos; tamen nos non aliter recipi eos debere judicamus, quàm si se ad auditionem sancti & salvifici Evangelii adstinxerint. D. Luther. in libr. d. *Judæ. oper. German. tom. 8. Andr. Geil. 2. observat. 5. n. fin.* Quæ * enim spes erit conversionis eorum, qui verbum Dei non audiunt? cùm * ex auditu veniat fides; *Rom. 10. v. 17.* Judæi autem verbum Dei non audiunt. *Matth. 12. v. 18.* Quàm * fideliter etiam conditiones, sub quibus recipi solent Judæi, servant, experientia nos edocet: ubi namque reperies Judæum, qui Christo non quotidie maledicat, qui non tyrannicum in Christianos fœnus exercent? Frustrà * etiam ab iis expectatur fides, qui in Christo facti sunt perfidi. Unde * à Philippo II. Gallia Rege jam olim è Regni

- Gallici finibus expulsi sunt. Johan. Serran. in *Franc. Histor. invent. d. Philipp. 2. p. m. 111.* Et * ex Hispanicis Regnis proscriptos esse
13. Judæos; tradit Paulus Æmylius. *d. reb. gest. Franc. in Dagobert.*
14. 1. *Reg. Franc. 11.* Sicut * & in quibusdam Germaniæ principatibus planè non recipiuntur: Sixtin. *d. regal. libr. 1. c. 5. n. 23.* veluti in Saxonia, Bavaria D. Joh. Herman. Stam. *d. servit. person. libr. 1. tit. 5. c. 2. n. 7.* & in Inclyto hoc Würtembergico Ducatu. Fürstliche Würtembergische Lands-Ordnung. fol. 56. tit. die Juden belangend.
15. Aliàs * autem de jure communi in Imperio Romano tolerantur Judæi & permittitur iis, citrà contemptum Christi & Christianæ Religionis secundùm ritus suos & legem vivere. *l. Iudæos 11. C. d. Iudæ. & Calicol. c. consuluit 7. c. Iudæo 3. x. d. Iudæ.* Quin * participes sunt juris Romani Judæi & sub constitutione Imperatoris Antonini tanquam cives Romani continentur. *in l. in orbe Romano 17. ff. d. stat. homin.* Vetera * etiam habent Judæi Cæsarea privilegia, de commerciis & negotiationibus cum Christianis exercendis, veluti ex Imperialis Civitatis Francofurtensis Reformatione hoc
16. constat. *p. 2. tit. 10.* Sixtin. *d. c. fin. n. 21.* Hodie * jus Judæos recipiendi Regale factum est, quod Aureæ Bullæ vigore *cap. 9.* omnibus competit Electoribus, & deinde omnibus Principibus, Statibus & Immediatis, Regalia habentibus. *Ordinat. polit. d. Anno 1548. tit. Von Juden vnd ihrem Bucher. Recess. deput. d. Anno 1577. tit. 20. pr. Sixtin. d. c. 5. n. 18. & 19.*
17. Cùm securitate & salvo conductu gaudeant Judæi in Imperio Romano; proinde * bona eorum sub pace publica sunt comprehensa, tam activè quàm passivè. Arnold. Reyg. in *thesaur. practic. verb. Iudæus. n. 2.* Et * forum Christianorum sequuntur, sive actores sint sive rei. *l. si qua 15. C. d. Iudæ.* Quamvis * etiam Judæis iuramentum suppletorium secundùm jus commune deferri non
18. posse videatur; Cravett. *consil. 73. n. 26.* tamen de Germaniæ consuetudine & stylo Camerae iis deferri illud posse; testatur Mynfinger. *cent. 5. observat. 6.* Et * licet secundùm juris communis dispositionem contrà Christianum testes esse nequeant Judæi; *c. Iudæi x. d. testament. ubi Dd.* tamen de praxi Camerae Imperialis contrarium observari; tradit Paulus Matth. Wehnerus *practic. observat. verb. Juden D. Reinking. d. Regim. secular. & Ecclesiast. libr.*
- 19.
- 20.
- 21.
- 22.

libr. 2. cl. 2. c. 3. n. 31. Quin * in causa Judæi contra Christianum
admitti ad testimonium solos Judæos, ante annos aliquot practi-
cari ac Christianum & quidem honestum civem ex solo judaico te-
stimonio alibi condemnari vidimus: quod nobis iniquissimum &
injustissimum visum fuit. Nam * tum demum solorum Judæo-
rum testimonium contra Christianum admitti posset, si infinite
concurrerent præsumptiones, quibus defectus testiū suppleretur, ut
quæ non profunt singula, multum juvent cum aliis concurrentia. l.
testium 3. §. ejusdem 2. l. ob carmen 21. §. si testes fin. ff. d. testibus Bald.
in l. ea quidem col. 2. C. d. excusat. Cravett. consil. 73. n. 2. & 18. Proh
* dolor ed hodie nonnullis in locis, ubi propter aurum suscipiun-
tur & foveantur Judæi, deventum esse videmus, ut Judæi, dum
Christianorum & miserorum subditorum sanguine, quem iis per
improbum fœnus quotidie exprimunt, occæcant & corrumpunt
officiales Principum, iniquissimæ sæpè causæ victoriam contra
Christianos obtineant. Porro * Judæus minor latus in integrum
restitui potest. Corne. consil. 260. circ. fin. vol. 3. Cravett. consil. 73.
n. 26. Quinquennales * quoque sive inducias moratorias iis con-
cedi; tradit Dn. D. Wilhelm. Anton. d. rescript. morat. conclus. 19.
tit. 7. n. 41. & seqq.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

31.

32.

33.

34.

35.

Quamvis * verò procuratoris officio rectè fungatur Judæus;
§. fin. ibiq. Dd. Instit. d. except. alium * tamen substituere non po-
test: sicut in Camera Imperiali conclusum esse, testatur Mynsin-
ger. cent. 2. observat. 12. Nec * juramentum per procuratorem
Christianum præstat. Wehner. practic. observat. lit. I. verb. Juden.

Ab * omnibus quoque dignitatibus & publicis officiis remo-
vetur Judæus; l. ult. C. d. Iudæ. c. ex speciali 8. x. eod. c. constituit 24.
caus. 17. q. 4. c. multum 11. distinct. 54. ideoque * nec Doctoris ti-
tulo insigniri, nec Advocati officio fungi potest. l. ult. C. postul. l.
nemo. 15. C. d. Episc. audient. c. nemo 7. dist. 1. D. Harppr. ad §. 1. & 2.
Instit. d. his qui sui vel alien. jur. Ad * juratoriam etiam cautionem
in Camera non admittitur, sed vel fidejussoribus, vel aliàs suffi-
cienter cavere debet. Christian. Barth. in præjud. Cameral. d. Anno
1514. p. m. 396. Sed * nec ex testamento Christiani capere quid
potest Judæus, quin Christianus ei quid legans excommunicatur,
etiam post mortem, per not. Gloss. in c. Iudæi 5. in verb. permittatur x.
d. Iudæ. Tiber. Decian. in tract. crimin. libr. 5. c. 13. n. 16. Judæus *
etiam

etiam ad Ecclesiam sive asylum confugiens, immunitate ejus non gaudet: cum infidelitate suâ indignum se faciat asyli beneficio. Jul. Clar. §. *fin. practic. crimin. n. 17.* Licet pœnæ mitigationem consequi eum, dicant Everhardus Speckhan. *cent. 2. cl. 1. q. 17.* & Besoldus *d. trib. domestic. societ. speciebus. dissert. 2. c. 4. n. 4. p. 59.*

36. Porro * Judæus privilegiis, de jure speciali alicui concessis, contrâ Christianos non utitur. Benckendorf. *ad l. 2. ff. d. R. I. fallent. 17. sect. 2. m. 5. p. 2. act. 1. n. 24.* Unde * uxor Judæa contrâ creditores Christianos jus tacitæ hypothecæ in bonis mariti non habet. Benckendorf *ad d. l. 2. n. 24.*

38. Supradicta * vera etiam sunt, nimirum Judæos jure uti Romano: si lis inter eos & Christianos versetur; secus verò est, si inter ipsos Judæos: tùm enim lex Mosaica observatur, ut docent Dd. *in d. c. judæi x. d. judæ.* Socin. *in l. 1. pr. col. 6. n. 34. ff. si cert. petat.* Sicut * enim per statutum in loco, in quo viget statutum, derogatur juri communi; *l. omnes populi 9. ff. d. justit. & jur.* ita lex Mosaica tanquam specialis lex inter ipsos Judæos servanda est. Num 27. & *d. l. Iudæos 11. in fin. C. d. judæ.* Schneidevvin. *ad tit. instit. d. success. quæ ab intest. defer. n. 9. & seqq.*

40. Quod * tamen fallit in delictis, in quibus non secundum propriam legem judicantur Judæi, sed secundum leges Romanas, aut loci consuetudinem: etsi inter ipsos Judæos delictum sit perpetratum. Jul. Clar. *recept. sent. §. adulterium n. 9.* ubi subjicit: quòd si Judæus adulterium cum Christiana commiserit, adulterium autem secundum loci statutum non capitale esset, eum gravius quàm Christianum, propter delicti duplicitatem, puniri debere. *add. Berlich. conclus. pract. 38. n. 110. p. 5.* Verùm * si Judæus incestas contraxerit nuptias, in gradu prohibito secundum jus Civile, permissò verò secundum legem Mosaicam, incestus pœnâ eum haud puniendum esse; tradit idem Clarus: *recept. sent. §. incestus n. 7. p. m. 71.* quicquid de jure civili obtineat.

42. Nunc * ad principalem controversiam nostram veniendum est: & sanè ex hæctenus dictis satis, ut opinamur, liquebit, Judæos liberos suos in potestate habere. Sunt * enim ut dictum Cives Romani, & sub constitutione Imperatoris Antonini *in d. l. 17. ff. d. stat. homin. continentur*, veluti hoc probat. *d. l. Iudæi. 8. C. d. Iudæ. & cælic. & l. spadonum 15. §. jam autem 6. ff. d. excusat.* Ac * pleraque in jure Civili de civibus Romanis disposita ad Judæos pertinent. Quòd

* ulterius

* ulterius confert: quòd justas nuptias contrahant Judæi; liberos igitur ex nuptiis procreatos in potestate sua habebunt: cum * nuptiæ causa sint patriæ potestatis. Quia verò non secundum leges Romanas, sed secundum propriam legem, Mosaicam sc. matrimonia contrahunt Judæi; idcirco * non eam in liberos suos exercere solent potestatem, quæ Civium Romanorum propria, sed quæ juris Gentium & plerisque aliis gentibus communis est. *Exod. c. 22. Deut. c. 5. v. 17. & Ezech. c. 22.*

Notandum tamen hîc erit: quòd * filius Judæus ad Christianismum conversus non sit in potestate patris Judæi, in his quæ in ipsius patris commodum tendunt. Benckendorf. *ad d. l. 2. ff. d. R. I. fallent. 13. § 2. m. 5. p. 2. artic. 1. n. 21.* Et quòd * Judæa ad Christianismum conversa filios è mariti sui potestate avocare queat; ut ex *Cæsar. Ursill. in annotat. ad Matth. d. Afflict. decis. 151. n. 8.* notat D. Joh. Herman. *Stam. d. servit. person. libr. 1. tit. 5. c. 1. n. 28.*

Non adversatur sententiæ nostræ: quòd * is qui ipse sit in potestate, alium in potestate sua habere non posse videatur; Judæi autem ipsi in Christianorum sint potestate, quin servi eorum dicantur. Nam respondemus: quòd * procedat illud in una & eadem potestate, non in diversis potestatibus, quæ qualitatibus differunt. Sic * uxor mariti subjicitur potestati, patriæ potestatis jure nihilominus manente salvo. Ita * etiam filius tutor esse potest & pupillum sub tutoria habere potestate, licet ipse tutor sit sub patris sui potestate. Atque * parens Monachus, etsi sit sub Abbatis potestate, liberos nihilominus sub potestate sua retinet. Pari * quoq; ratione Judæus liberos sub potestate sua habet, quamvis ipse Christianorum potestati subjectus sit. Et quòd * Judæi Christianorum servi dicuntur, id non de vera servitute, quæ apud Romanos olim frequens erat, sed ita intelligendum est: quòd, licet Cives Romani sint Judæi; tamen deteriore & duriori conditione Christianis habeantur. Cujus * ratione, & quòd ad nullos honores, ad nulla publica officia admittantur, & quòd perpetuâ infamiæ notâ laborent, haud secus ac olim servi pro nullis reputentur. Abbas Panormitan. *d. conversat. infidel. Udalric. Zas. d. Indæ. q. 1. Matth. d. Afflict. d. decis. 151. ibiq; Cæs. Ursill. Cagnol. ad l. qui in servitute 161. n. 2. & 3. ff. d. R. I. D. Wilhelm. Ant. d. conclus. 19. n. 22. Speck. cent. 2. class. 1. c. 18. n. 12. Joachim Cluten. diatrib. disput. 8. rh. 17. Besold. in thesaur. pract. v. Juden p. 445.*

DE NUPTIIS.

TITULUS. X.

Controversia I.

Matrimonium metu contractum ipso jure nullum est.

Summaria.

Quomodo ea quæ per vim metumve geruntur voluntariè geri dicantur. n. 1.
2. 3. 4. 5. & 6.

Quæ per vim metumve geruntur subsistunt ipso jure ; sed tamen Prætor in integrum dat restitutionem. n. 7.

Modò eiusmodi sit metus, qui in constantem virum cadere possit. n. 8. & 9.

Dominium per contractus metu celibratos ipso jure transfertur. n. 10.

Matrimonia per vim metumve contracta ipso jure nulla sunt. n. 11.

Interest matrimonium ipso jure nullum esse, & validum sed rescindi posse, remissivè n. 12.

Ratio specialitatis, quòd nulla sint matrimonia per vim metumve contracta, à Bachovio tradita n. 13.

Cur in integrum non detur restitutio in matrimoniis. n. 14.

Specialitatis ratio à Bachovio tradita non probatur n. 15. & 16.

Vera specialitatis ratio assignatur. n. 17. 18. 19. 20. 21. 22. & 23.

Matrimonium vi metumve contractum etiam naturæ jure nullum est. n. 24. & 25.

Quin levis coactio in foro conscientix matrimonium dirimit. n. 26.

Matrimonium vi metumve contractum nullum est, etsi juramentum ei adpositum fuerit, adeò ut nec absolutio à juramento necessaria sit. n. 27. & 28.

Licet etiam culpâ patientis intervenisset metus. n. 29.

Si metum passus stare velit matrimonio, inferens verò resilire ; hic non audiri debet n. 30.

Vt nullum sit matrimonium metus requiritur, qui in constantem virum, vel foeminem cadere potest. n. 31.

Quod exemplis declaratur. n. 32.

Idque iudicis arbitrio relinquatur. n. 33.

Minor metus in foemina requiritur, quàm in viro. n. 34.

Metus reverentialis sufficiens non est. n. 35.

Metus etiam justè & legitimè à Magistratu incussus matrimonium non facit nullum. n. 36. & 37.

Si purgatus fuerit metus, matrimonium reconvalescit. n. 38.

Quæ

Quæ per * vim metumve geruntur voluntariè geri dicuntur, si actum inspiciamus elicitedum, non si imperatum, præsertim exteriorum membrorum: cogi enim id tantum dicitur, quod à principio externo & non naturali movetur: omne autem velle est naturaliter ad aliquid inclinare, sive ex interno principio ad id ferri. Conrad. Hornej. *Ethic. libr. 2. c. 4. n. fin.* Metus igitur * liberam voluntatem tollit, si ejus principium intueamur, non si ipsum volendi eligendi actum. *l. 1. l. si mulier 21. §. fin. ff. quod met. caus. l. interpositas 13. C. d. transact. l. si quidem 9. C. d. contrab. & commit. stipulat. c. 14. x. d. sponsal.* Didac. Covarruv. in *Epit. d. sponsal. p. 1. §. 1. c. 4. n. 11. & seqq.* Interim * tamen voluntas coacta dicitur ICC. nimirum quatenus status hominis, cui vis infertur, confertur cum statu ejus, qui suo arbitrio faciendi quid velit, relictus est, qui illud remoto metu & vi nunquam facturum esset. Bachov. in not. ad Treutler. p. 1. disput. 11. rh. 4. lit. A p. 411. Itaque * plena & integra voluntas non est in his, quæ imperio vel metu coactus quis facit. arg. *l. si quis major. 41. C. d. transact. l. novissimè 7. ff. quod fals. tut. gest. l. atquin 19 §. si libero ff. d. negot. gest.* Est * tamen voluntas remissa: adeoque diversâ ratione dici potest, quisque idem voluisse & noluisse. Cujac. ad tit. ff. quod met. caus. in fin. pr. & libr. 6. observat. ult. Unde * Aristoteles *Ethic. libr. 3. c. 1.* actus istos, quos per vim metumve quis facit, mixtos esse dicit, sed tamen iis magis similes, qui sponte aguntur.

Quæ * igitur vi metuve geruntur, ipso jure subsistunt; sed tamen Prætor in integrum dat restitutionem, per actionem quod menis causâ: *t. t. ff. & Codic. quod met. caus. modò* * ejusmodi sit metus, qui in constantem virum cadere possit. Nam * ut ex præmissis colligitur, voluntas coacta voluntas est. *l. si mulier 21. §. fin. ff. quod met. caus. pr. Instit. d. except.* Quod * adeò verum, ut dominium per contractus metu celebratos transferri possit. Thom. Sanchez in tract. d. matrimon. libr. 4. disput. 8. n. 10. Johan. Gutierrez. d. matrimon. c. 76. n. 1. & seqq. Verum * in matrimoniis secus feres habet, quæ vi metuve contracta ipso jure nulla sunt. *c. cum locum 14. & c. seq. 15. x. d. sponsal. & matrimon.* Quod * effectum juris habet: quippe disputatio hæc minimè nominalis est, ut sibi imperitii imaginari possent, sed realis: veluti ostendit hoc Thom. Sanchez, d. disput. 8. n. 1. qui ibi videri potest. Rationem * specia-

- litis in matrimoniis hanc dat Bachovius: *in not. ad Trentl. p. 2. disput. 6. th. 5. lit. D.* quod contra matrimonia in integrum non detur restitutio; ideoque constituendum fuerit, quo succurratur metum passo, ut ejusmodi actus ab initio pro nullis haberentur. Quæ ratio specialitatis nobis non sufficit, quippe quæ generalis est, aliis etiam restitutionis speciebus communis, ut causæ minorennitatis & ex qua majores. Quod * verò in integrum non detur hîc restitutio, matrimonii facit favor: & quod inhonestū visum sit, eos quos Deus conjunxit & qui omnis juris tam Divini quàm humani consortes, ex causa læsionis alicujus, vel alia ex causa in integrum petere restitutionem. Non * ideò tamen constituendum fuit, ut conjectat Bachovius, ut quo succurratur metum passo, ab initio pro nullo haberetur matrimonium, metu contractum. Non tam quod in potestate legislatoris positum fuerit, in integrum restitutionem in casu hoc matrimonii speciali concedere, quàm potius: quod etiam in casu ubi locum non habet in integrum restitutio, actus ab initio subsistens rescindi possit à judice. Ita * enim matrimonium ab initio validum propter subsecutum adulterium rescinditur ac dissolvitur, licet in integrum non detur restitutio: nec tamen constituendum fuit, ut ab initio pro nullo haberi debeat. Illa * igitur vera est specialitatis ratio: quod matrimonia solo consensu contrahi & ab omni violenta coactione libera esse debeant. Solus * enim consensus facit nuptias. *l. consensus 30. ff. d. R. I. l. cui fuerit 15. ff. d. condit. & demonstrat. l. sufficiat 4. pr. ff. d. sponsal. d. c. 14. x. d. sponsal. c. sufficiat 2. caus. 27 q. 2.* Et * quod conjugia ab omni violenta coactione debeant esse libera; habetur in *l. Titia 134. ff. d. V. O. & l. non cogitur 21. ff. d. rit. nupt.* Quin * hæc ipsa specialitatis ratio expressè satis ponitur, in *d. c. 14. x. d. sponsal.* dum dicitur ibi: matrimonium solo consensu contrahi: & ubi de consensu quæritur plenâ debere securitate illum gaudere, cujus animus indagandus est, ne per timorem dicat sibi placere quod odit, & sequatur exitus, qui de invitis solet nuptiis provenire. Et * hanc specialitatis rationem assignat quoque Didacus Covarruvias. *p. 2. c. 3. §. 5. in pr.* Hinc * etiam dotis constitutio metu extorta ipso jure nulla dicitur: in *l. si mulier 21. §. si dos 3. ff. quæ met. caus.* sicut * & procuratoris constitutio. Gutierrez *d. c. 76. n. 14.*
- Non * solùm autem nullum est matrimonium metu contractum

tractum jure Ecclesiastico, sed etiam naturæ jure : cum * de natura jure animorum unio & conjunctio in matrimoniis omninò necessaria sit. D. Thom. 4. d. 29. q. unic. art. 3. quæstiunc. 1. Scotus 4. d. 39. q. unic. §. de secundo dico Covarruv. 4. decret. pr. c. 3. §. 5. n. 6. Quin * licet levis sit coactio, tamen in conscientia foro dirimere eam matrimonium; asserit Gutierrez d. c. 76. n. 19. & 20. Non * convalidatur etiam matrimonium metu contractum, etsi juramentum ei fuisset adpositum. v. significavit 2. x. d. eo qui dux. & c. Quod * adeò verum, ut nec relaxatione juramenti opus sit. Gutierrez. d. c. 76. n. 8. & 9. Quin * verà sunt hæc, licet culpà patientis intervenisset metus: ut si quem cum puella in lecto decumbentem deprehenderet paterpuellæ vel consanguinei, & cogerent ut duceret eam; tale matrimonium validum non esset. d. c. veniens 15. x. d. sponsal. Gloss. in c. Abbas x. d. his quæ vi met. caus. Schneidevvin. ad tit. Institut. d. nupt. n. 23. ubi Welsenbecius lit. F. ita pronunciari dicit.

Si * tamen metum passus stare velit matrimonio, inferens verò resilire ab eo; hic audiendus non erit. Ricar. 4. d. 29. art. 2. q. 1. Ut * etiam nullum sit matrimonium, non sufficit quilibet metus, sed ejusmodi debet esse, qui in constantem virum cadere possit. l. metum 5. 6. & 7 ff. quod met. caus. l. vani timoris 184. ff. d. R. I. Cujus modi * est vitæ periculum, corporis cruciatus & amissio omnium bonorum, seu majoris partis, metus servitutis & similium. l. continet 3. & l. seq. ff. quod met. caus. c. Abbas x. d. his quæ vi met. caus. Panormitan. in c. gemma x. d. sponsal. Quæ * judicis arbitrio relinquuntur. l. metus 3. in fin. ff. ex quibus caus. major. Minor tamen metus in fœmina requiritur, quàm in viro, nimirum propter sexus imbecillitatem. Gloss. in d. c. 14. x. d. sponsal.

Vnde * etiam metus reverentialis haud sufficeret. l. si patre 22. ff. d. rit. nupt. Beust. d. matrimon. p. 2. c. 43. Schneidevvin. d. l. Moz. d. substant. matrimon. n. 4. Boer. consil. 20. n. 43. Geil. 2. observ. 93. n. 22. Et * si justus esset metus, utputà à Magistratu incussus, matrimonium validum esset. d. l. continet 3. §. 1. ff. quod met. caus. Hinc * si quis matrimonium contraxisset cum aliqua, quod consummare detrectaret, ita ut ad id consummandum à Magistratu per incarcerationem vel alium modum esset compellendus; matrimonium subsisteret. Itaque tales interdum è carcere ad Altare

duci solent, & si nihilominus persistant in contumacia sua, in carcerem reduci, donec matrimonium, legitimè aliàs contractum & de quo sunt convicti, consummetur. D. Felix Bidenbach. *d. caus. matrimon. c. 3. q. 3.* Thom. Sanchez. *d. matrimon. libr. 4. disput. 13. n. 6.*

37.

Cæterum * si purgatus esset metus, vel per spontaneam cohabitationem, vel per copulam carnalem, vel alium consensum liberiores; matrimonium metu contractum convalesceret: ut contra Thom. Sanchez, insuper Parochum hîc requirentem, rectè disputat Gutierrez. *d. c. 76. n. 29. Addat. D. Paul. Tarnov. d. conjug. libr. 1. c. 70. p. m. 393. & seq. Sanchez. libr. 4. disput. 8. per tot. Kitzel. in synops. matrim. c. 4. theorem. 16. lit. C. & D. Henning. Arnixæ. in tractat. polit. d. jur. connub. sect. 9. c. 3. per tot.*

Controversia II.

Matrimonium ab ebrio contractum validum non est.

Summaria.

Matrimonium tanquàm res seria deliberatione dignissima est. *n. 1.*

Controversia hæc tam inter Theologos quàm Icc. vertitur. *n. 2. & 3.*

Negativa ejus sententia stabilitur. *n. 4. 5. & 6.*

Quæ in primis obtinet, ubi dolo puellæ vel ejus consanguineorum procreata esset ebrietas. *n. 7.*

Et si pæniteat juvenem matrimonii, in ebrietate contracti. *n. 8.*

Limitatur sententia nostra, si ebrius sobrius factus ratificasset matrimonium, in ebrietate initum. *n. 9.*

Item si non adeò magna fuisset ebrietas. *n. 10.*

1.

Quamvis * seria sit matrimonialis causa & deliberatione maximè digna, nec tunc matrimonii patitur fides; tamen accidere interdum videmus, ut Juvenes inter pocula & temulenti matrimonia contrahant. Unde * haud convenit satis inter Dd. tam

2.

Theologos quàm Icc. an matrimonia hujusmodi pro validis haberi debeant, ita * quidem, ut Joachimus Beustius in tract. *d. matrimon. p. 1. c. 11. circ. fin.* dicat: utile esse, si controversia hæc constitutione aliquâ decideretur.

3.

Quod

Quòd verò matrimonia hujusmodi inordinata pro validis non sint habenda, facit: quòd * ebrietas quædam furoris species esse dicatur: siquidem ubi ebrietas dominatur, ibi furor est & mentis oblivio. *c. 3. distinct. 35. c. 14. d. vit. & honor. cleric.* Quæ autem in furore geruntur, ipso jure sunt nulla. Quod inprimis * obtinet in causis matrimonialibus, in quibus consensus tanquam pars essentialis requiritur. *c. sanè 15. q. 1. c. unusquisque & ibi Gloss. 22. q. 4.* Quin * furorem impedire matrimonia; expressè traditum est in *l. furor. 8. ff. d. sponsal. l. oratione 16. §. furor. 2. ff. d. rit. nupt. l. patre 8. ff. d. his qui sui vel alien. jur.* Quod inprimis * verum est, si aliæ etiam circumstantiæ concurrerent: ut si ab amicis puellæ dolo quis inductus fuisset, ut ebrius fieret; & deinde puellam duceret. Et * si pæniteret juvenem matrimonii, in ebrietate contracti. *d. c. 15. q. 1. & c. unusquisq. 22. q. 4.*

Verùm si * sobrius factus ebrius ratificasset matrimonium, in ebrietate contractum, id validitatem suam acciperet. Sicut & tum * validum esset matrimonium, si non adeò magna fuisset ebrietas, quæ mentis alienationem induceret. *Vid. D. Bidenbach. in prompt. connub. th. 51. p. 253. Paul. Tarnov. d. conjug. libr. 1. c. 75. & seq. Beust. d. c. 11. Alberic. Gentil. d. nupt. libr. 3. c. 8. p. 209. Kling. d. caus. matrim. in tit. d. err. qual. Arnisæ. d. jur. connub. c. 2. n. 5. sect. 2. Welsenb. in w. d. rit. nupt. n. 8. versic. dictum hætenus. Kitzel. in synops. matrim. c. 3. theorem. 6. lit. G. Hackelman. disput. 14. th. 4. lit. C.*

Controversia III.

Matrimonium cæci amoris vehementiâ promissam invalidum est.

Summaria.

Causæ amoris infani, ex quibus dignoscitur. *n. 1. 2. & 3.*

Autoris sententia probatur. *n. 4. 5. 6. & 7.*

Limitatur. *n. 8.*

CAusas amoris cæci & infani, ex quibus dignoscitur, recenset D. Paulus Tarnovius in tract. d. conjug. libr. 1. c. 75. p. 448. & seqq. dum dicit ibi: * quòd ejusmodi amor per homines leves, fraudulentos

2. lentos, impuros, lenas, veneficas earumque organa, fraudes sc. mendacia, philtrea, pocula, commestationes & his consimilia, juvenilem fervorem & imperitiam procreetur. Dignoscatur * etiam amor ejusmodi insanus, si persona, cum qua contractum matrimonium, dispar sit sive genere, sive moribus & virtutibus, sive opibus, sive etiam aliis, à qua sanus amor, comparem sibi quærens, alioquin abhorreret, & cujus copulationem nemo prudens suaderet. Item si locus contracti matrimonii fuerit inhonestus, remotus à consortio, arbitrio & testimonio bonorum atque prudentum. Tempus * nocturnum & alienum à contractibus ejusmodi gravioribus peragendis, fraudibus & errori accommodatum. Et * tali amore contractum matrimonium ratum non esset habendum: non * enim verus & sanus esset amor; sed furor & insania. Nihil * autem furore amoris vehementius est, quem retinere Philosophiæ est perfectæ, monentis etiam & insipientem atque inhærentem concupiscentiam refrænantis, veluti traditur in *Novell. 74. c. 4. in pr.* Quod * autem furor impedimento sit matrimoniis; habetur in supradicta *l. furor. 8. ff. d. sponsal. cum in matrimoniis consensu opus sit: l. oratione 16. § furor. 2. ff. d. rit. nupt. l. patre 8. ibi: nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest.* qui hîc omninò deficit.

8. Verùm * si mentis alienatio non adfuisset; valeret procul dubio matrimonium, ex amore & copulæ appetitu contractum. *Cyp. d. connub. p. 1. c. 13. §. 61. & seq. Alberic. Gentil. d. nupt. libr. 3. c. 8. Kitzel. in synops. matrim. c. 3. theorem. 6. lit. I.*

Joach. Cluten. diatrib. disput. 8.

thes. 7.



Controversia I V.

*Qui compressam ab alio ducit, retinere
eam non cogitur.*

Summaria.

Error qualitatis matrimonium non vitiat. n. 1.

An idem obrineat, si quis meretricem pro virgine duxerit; valdè controversum est. n. 2. 3. & 4.

Autoris negativa sententia stabilitur. n. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

Obiectio. n. 12.

Ejus solutio. n. 13. & 14.

Obijcitur quoque l. si uxor 13. § fin. ff. ad Iul. d. adult. n. 15.

Quæ solvitur. n. 16. & 17.

Negativa controversiæ hujus sententia practicatur. n. 18. & 19.

Quæ limitatur. n. 20.

Eadem sententia in viro non obtinet. n. 21. 22. 23. & 24.

Quod observantia & practica comprobatur. n. 25.

Illud certum est, * errorem qualitatis, tam bonorum quàm ani-
mi, non vitare matrimonium neque dirimere: ut si exempli gra-
tiâ quis pauperem ducat, quam divitem esse putat: vel improbam
& infidelem, quam pro proba habuit & fidelem. Hoc verò valdè con-
troversum, * an idem & tum obtineat, si quis ducat eam, quæ se
pro virgine vendidabat, quam tamen postea meretricem vel gravi-
dam esseprehendit? Et * quamvis Canonistæ & Scholastici
eam foveant sententiam: matrimonium hocce dissolvendum non
esse, ut statuit Gratianus & Lombardus, errorem hunc ad qualitatis
errores referentes; c. unic. c. 29. q. 1. c. quemadmodum 25. x. d. jurejur.
Lombard. 4. sentent. distinct. 30. tamen * illorum sententia tam
Theologicæ quàm Juridicæ veritati magis consentanea est: qui ma-
trimonium ejusmodi, dolosè à parte altera initum, rescindi posse
asserunt.

Pro qua sententia fortiter * pugnat locus, Deut. c. 22. v. 21.
ubi præcipit Moyses: ut talis meretrix extrà fores Domus paternæ
ducatur, & lapidibus obruatur. Tametsi * verò respondeant hîc
quidam, legem hanc Mosaicam forenses esse; tamen aliter concedi
hoc non potest, nisi quò ad speciem pœnæ, non verò quò ad genus:
secun-

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7. secundum quod moralis est. Ideoque * hactenus puniri potest
 8. meretrix ejusmodi, ut separetur à marito, quæ in principio statim
 9. matrimonii fidem matrimonialem turpiter fefellit. Si * enim in
 veteri testamento lapidari potuit ejusmodi meretrix, quidni hodie
 separari à marito? Et * quod separationis pœnæ locus sit; com-
 probat exemplum Josephi, tanquã Viri pii & justi ideò castissimam
 Virginem Mariam deferere volentis. Matth. 1. v. 19.

10. Facit * etiam optimè pro sententia nostra, Novell. 39. ubi in-
 ter alia hæc habentur verba: *quomodo enim vera sponsalia sunt, in qui-
 bus nihil verum neq; genuinũ conspicitur, ubi meretricium se offert scelus,
 ubi cause sunt dissidiorum & odij.*

11. Sed * & pro eadem sententia fortiter concludit: quòd in su-
 pradict. c. 22. Deut. meretrix ejusmodi cum adultera comparetur.
 Sicut igitur adultera separari potest à marito; ita & talis meretrix.

12. Adversari * autem videtur: quòd error hic sit qualitatis &
 13. sic accidentalis, qui matrimonium non dirimat. Verum * respon-
 detur per inficiationem: quòd enim error hic non nudæ sit & sim-
 plicis qualitatis, sed substantialis & essentialis, exinde colligitur:
 quòd castitas de substantia & forma sit matrimonii, quæ hinc læsa
 14. deprehenditur. Hoc * quidem verum: extra matrimonii consi-
 derationem & respectum accidentalem esse qualitatem virginita-
 tem; verum intrà matrimonii considerationem ea de materia, sub-
 stantia, forma & essentia est matrimonii.

15. Non etiam * obstat l. si uxor 13. §. fin. ff. ad L. Iul. d. adult. ubi
 respondet Ulpianus Ic. quòd si quis stupri eam velit accusare, quàm
 16. postea duxit uxorem, is serò hoc faciat. Etenim * intelligendum
 hoc est eo de casu, ubi vitium sponsæ ab initio statim, antequàm
 cotraheretur matrimonium, scivit sponsus. De tali autem casu lo-
 qui Ulpianum; colligitur ex §. precedente 9. qui de eo agit casu, ubi
 repudiatam denuò ducit maritus, qui adulterii eam accusare non
 potest: quòd aboleverit prioris matrimonii delicta, reducendo re-
 17. pudiatam: & subjicitur in §. seq. fin. idem dicendum est &c. Cùm * igitur
 precedens §. agat de casu, quo scivit maritus, adulterium com-
 missum esse ab uxore sua; etiam §. seq. fin. de casu accipiendus erit,
 quo vitium sponsæ scivit sponsus: ubi enim eadem est juris decisio,
 ibi quoque idem casus præsupponendus erit.

18. Quam * sententiam praticari; testatur D. Bidenbachius.
 d. caus.

d. caus. matrim. q. 4. p. m. 545. & seq. ubi tradit: sic conclusum esse in duobus casibus: altero *Ann. 1598. 16. Martij.* & eodem anno 2. *Novembr.* Idemque * confirmat Nicolaus Reusnerus, *libr. 4. decis. 5.* ubi ita in Consistoriis pronunciari dicit.

19.

Verum * antequam super dissolutione matrimonii ejusmodi pronunciatur; tria advertenda esse monet Bidenbachius *d. l. 1.* ut reconciliatio prius tentetur, quod suadet etiam Beustius: *d. matrim. c. 34. p. 2. 2.* an maritus Vir bonus sit & honestus, & non ejusdem criminis reus argui possit: & 3. an concubuerit maritus cum sponsa sua, postquam intellexit eam ex alio gravidam esse.

20.

An * verò idem de marito statuendum est, an uxor ejus separationem petere potest, quando post nuptias comperit, maritum ante nuptias aliquam imprægnasse? Et quia * Sacra Scriptura de meretrice loquitur; idem de marito statuendum non videtur. Tùm * etiam: quòd major castitas in virgine vel muliere requiri videatur, quàm in viro: illis * enim castitatis veneratio præcipua cura esse debet. Tùm quòd hîc diversa ratio obtineat. Uxor enim partum spurium in domum mariti adferret, quod omninò indecorum & marito maximè injuriosum esset; quod non fieret, ubi maritus aliquam imprægnasset, qui pecuniâ à partu ejusmodi spurio & meretrice faciliùs liberare se posset. Et * ita nuper in causa aliqua practicum fuisse; probè meminimus. *Addat. D. Balthas. Mentzer. p. m. d. conjug. p. 90. Paul. Tarnov. libr. 1. c. 69. p. 388. & seqq. D. Joh. Gerhard. loc. Theologic. tom. 7. d. conjug. n. 109. p. 184. & seqq. Gentil. d. nupt. libr. 6. c. 13. Cypræ. d. sponsal. c. 13. §. 44. n. 3. Kitzel. c. 4. theorem. 19. Ungepaup. Exercit. 3. q. 8. Arumæ. Exercit. 2. th. 15. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 13. c. 20. lit. 4.*

21.

22.

23.

24.

25.

Controversia V.

Consensus parentum in liberorum matrimonio de jure Divino, Naturæ & Civile necessarius est.

Summaria.

Matrimonialis causa sanctissima est. n. 1. & 2.

Matrimonium Ecclesiæ Christi est præfiguratio. n. 3. & 4.

Q²

Matri-

Matrimonium in Sacris literis fœdus Dei appellatur. n. 5.

In Matrimonii causa omnia decenter & verbo Dei congruenter fieri debent. n. 6.

An in matrimoniis liberorum consensus parentum de iure Divino ita necessarius sit, ut eo non requisito, nullum sit matrimonium; inter Theologos Augustanæ confessioni addictos & Catholicos acriter controversatur, ubi affirmativa stabilitur sententia. n. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. & 16.

Erasmus Vngepaur contrariam adstruit sententiam. n. 17.

Cujus argumentum primum confutatur. n. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. & 32.

Secundum confutatur. n. 33. 34. 35. & 36.

Tertium confutatur. n. 37. 38. 39. 40. 41. & 42.

Quartum argumentum confutatur. n. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. & 62.

Ultimum confutatur. n. 63. 64. 65. 66. 67. & 68.

De jure naturæ parentum consensum in liberorum nuptiis requiri; ulterius probatur. n. 69. & 70.

Quæ sit civilis ratio, adhibendi parentum consensus in liberorum nuptiis. n. 71. 72. 73. & 74.

Objectio. n. 75. 76. 77. 78. 79. & 80.

An de jure Canonico parentum consensus in liberorum nuptiis necessarius sit. 81. 82. 83. 84. 85. & 86.

Ius Cæsareum in terris nostris practicatur. n. 87.

An matris consensus necessario requirendus sit. n. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. & 96.

Necessarius est parentum consensus in liberorum nuptiis; etsi juramentum iis adpositum fuerit. n. 97. 98. & 99.

Invalidæ quoque sunt liberorum nuptiæ; licet carnalis copula subsequuta. n. 100. & 101.

Limitatio. n. 102. 103. & 104.

Non tamen cogere possunt parentes liberos suos, ut hanc vel illam in matrimonium ducant. n. 105. & 106.

1. 2.

3.

4.

5.

6.

7.

Matrimonii * causa sanctissima est, quod ipsum * Deum autorem habet & institutorem: per quod * Ecclesia Christi repræsentatur: Christus enim * sponsus est, Ecclesia verò sponsa, quam ardentissimo amore complectitur. Unde in Sacra Scriptura * fœdus Dei appellari solet matrimonium. *Proverb. c. 2. v. 17. Malach. c. 2. v. 14.* Videndum igitur in tam sanctissima causa, * ut omnia decenter & verbo Dei congruenter fiant & peragantur.

Hoc inter * Theologos nostros & Catholicos acerrimè controversi videmus: An de jure Divino in liberorum matrimoniis parentum consensus ita necessarius sit, ut eo non requisito, nullum sit

fit matrimonium? quod negant * Catholici, inprimis verò Robertus Bellarminus; *tom. 2. libr. d. sacrament. matrim. cap. 19.* Cujus * tamen argumenta concidit & ad nihilum redegit D. Paulus Tarnovius: *in tract. d. conjug. c. 34. & seqq. libr. 1.* ita quidem, ut in responsionibus ejus solidis & accuratis meritò adquiescendum sit.

Nostrorum verò Theologorum & Icc. * affirmativa sententia probatur hisce fundamentis firmis, ex verbo Dei depromptis.

1. Quòd * liberi parentibus suis secundum quarti præcepti tenorem omnem honorem & obedientiam præstare obstricti sint.

2. Quòd * pater votum filia, sine consensu illius Deo factum, irritum facere possit. *Num. cap. 30. v. 5. & seqq. & v. 16.* Ergò multò magis pater matrimonium, sine consensu ejus homini promissum, irritare potest.

3. In * Sacra Scriptura passim legitur: parentes liberis suis viros vel uxores dare debere: ut *Exod. cap. 21. v. 9. & c. 22. v. 17. Iudic. cap. 21. v. 7. Ierem. cap. 29. v. 6.*

4. Comprobatur * nostrorum sententia exemplis Sacris. Ita enim * Isaac, licet quadragenarius, *Genes. cap. 25. v. 20.* uxorem sibi non accipit, sed patris voluntati se exponit, usque dum pater misso ser-

vo illi uxorem de cognatione sua procuret. *Genes. cap. 24.* Et * Samson, juvenis singularis & heroici Spiritus, parentum consensum petit, cum uxorem ex Philistinis ducere vellet, nec priùs quicquam in causa hac tractat, quàm parentes descendant cum ipso. *Iudic. cap. 14.*

Ita etiam * Ismaël, alioquin ferus homo & agrestis, debitam in hoc matri suæ obedientiam exhibuit: cui adulto mater uxorem Ægyptiam accepisse legitur. *Genes. d. cap. 21. v. 21.*

Contrà hanc autem sententiam ex Nostris quoq; statuit * Erasmus Ungepaur, aliàs Doctissimus vir. *Exercit. 3. q. 5.* Verùm argumenta ejus tanti ponderis non sunt, ut nos ab hac æqua & pia atque à summæ dignationis Theologorum & Icc. comprobata sententia dimovere valeant.

Ita * verò 1. argumentatur Ungepaur: Quocunque jure quis est sui juris; eo etiam jure poterit is suo arbitrio de se, persona ac statu suo firmiter statuere.

Sed jure naturali, seu Divino morali liberi etiam vivis parentibus sui juris sunt. Ergò de jure naturali poterunt liberi suo arbitrio de se, persona ac statu suo firmiter statuere, & per consequens matrimonium inire. Ubi primò * jus naturale & Divinum malè confun-

dit

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20. dit & pro eodem ponit Ungepaur. Deinde ad * argumentum ipsum respondemus per inversionem, ita contrà argumentando: Quocunque jure quis est sub potestate parentum; eo jure non potest de se, persona ac statu suo firmiter statuere. Sed de jure Divino morali liberi sunt sub potestate parentum. Ergò de eodem jure non possunt liberi arbitrio suo de se, persona & statu suo statuere, & per consequens matrimonium firmiter inire. Major
21. propositio * vi argumenti Ungepauri per se manifesta est: quippe
22. contrariorum eadem est ratio. Minor * similiter ex argumentatione Ungepauri probatur: quòd à jure Naturæ ad jus
23. Divinum argumentum ducat. Atquin * de Naturæ jure liberi in
24. potestate sunt parentum. Hoc sic * probamus: quòd de Naturæ jure parentes liberos suos alere & educare teneantur; econtrà verò liberi parentibus suis omnem reverentiam & obedientiam debeant; obedientia verò potestatem præsupponat. Deinde * probatur minor: quòd de naturæ jure homines sint sub potestate
25. Magistratus, quod nemo negabit. Ergò eodem naturæ jure liberi quoquè sub potestate parentum erunt. Quod * enim Magistra-
26. tus est in Republica; id etiam paterfamiliàs est in familia sua. Unde Johannes Bodinus *d. Republic. lib. 1. c. 2. p. m. 13.* rectissimè dixit: * Familiam benè ac prudenter institutam veram esse ipsius civitatis imaginem: ac domesticum Imperium summæ in Republica potestati quodammodò simile. Sicut * igitur naturæ jure inspecto sublatâ Magistratus potestate in cives & subditos maxima exinde ataxia sive confusio oritur in Republica; ita & in familia sublatâ patrisfamiliàs potestate in liberos suos eadem illa ataxia & confusio oritur, quam natura maximè abhorret. Et *libr. 1. c. 4.* *
27. idem Bodinus præclarè ait: quòd patriam potestatem vel natura dederit, vel Deus ipse naturæ parens optimus maximus. Atq; rursus
28. dicit ibi Bodinus: * imperandi jus ac potestas à natura tributa est patri, quæ vera est Dei præpotentis ac maximi rerum omnium parentis imago ac simulacrum. Evidenter * verò probatur minor nostra per *l. 1. §. fin. & l. seq. ff. d. iustit. & jur.* ubi juris Gentium (juris scil. naturalis secundarii) esse dicitur: ut parentibus & patriæ pareamus. Sicut * & probatur minor nostra per *l. pronuntiatio 195. §. familia 2. ff. d. V. S.* ubi respondet Ulpianus IC. familiam dicimus plures personas, quæ sunt sub unius potestate, aut
29. natura

naturâ aut jure subjectæ : utputà patremfamiliâs , filiumfamiliâs ,
filiamfamiliâs , quique deinceps vicem eorum sequuntur , utputà
nepotes & neptes , & deinceps.

2. Argumentatur * Ungepaur : si nullum matrimonium ,
sine consensu parentum contractum , de jure naturali subsi-
stere potest ; sequitur de jure civili sine ratione matris excludi
consensum : cùm de jure naturæ patri & matri eadem debeaturre-
verentia. Respondemus * negando consequentiam : jus enim
civile est, quod non in totum à naturali ratione recedit , neque in
totum ei servit. *l. jus civile 6. ff. d. justit. & jur.* Etiam si * igitur
jus civile à naturali ratione hîc nonnihil recesserit, dum patris so-
lùm requirit consensum ad hoc , ut eo non requisito nullum sit
matrimonium ; non tamen in totum à naturali ratione recessit :
siquidem * eo casu , quo pater in vivis non ampliùs est , matris
consensum & propinquorum in nuptiis filia omninò exigit. *l. 1.
& l. in conjunctione 20. C. d. nupt.*

3. Argumentatur Ungepaur : * si votum à puella , in domo
patris constituta Deo factum , si audiverit pater & statim contra-
dixerit, sit irritum ; Ergò filii, filia viduæ sine consensu patris vo-
tum facere possunt. Exceptio * enim firmet regulam in casibus
non exceptis. Respondemus * 1. à voto ad matrimoniũ tanquam
à diversis & tanquam à majori ad minus haud rectè hîc duci argu-
mentum. 2. Quòd * ubi eadem ratio, ibi quoque idem jus sta-
tuendum sit. Sed eadem * hîc obtinet ratio in filio, quæ in fi-
lia, nimirum patria potestas & reverentia, à liberis utriusque se-
xus parentibus debita. Itaque hîc non procedit illud quòd exce-
ptio firmet Regulam in casibus non exceptis. Quod ad * filiam
viduam attinet ; admitti potest, eo in casu in voto faciendo à liberis
parentum consensum haud necessarium esse.

4. Argumentatur Ungepaur : * nullum ex tota Sacra Scri-
ptura exemplum posse adferri, de consensu parentum adhibendo,
nec etiam ullum matrimonii , ob neglectum eorum consensum
dissoluti, exemplum : præterquam in filia in ætate puellari & in
domo patris constituta : quod tamen jus videatur esse politicum
& civile Mosaicum. Respondemus : * sufficere exempla extare
in Scriptura Sacra illorum, qui in matrimoniis ineundis parentum
consensum adhibuerunt, & loca, in quibus præcipitur parentibus,

ut

ut liberis suis viros & uxores quærant : item honorandos esse parentes & obedientiam iis exhibendam : quod minimè fieret, si liberi consensu parentum neglecto matrimonia contraherent.

45. In eo verò sibi * contradicere videtur Ungepaur, quando dicit : quòd in pupillari ætate constituta puella patris consensum adhibere debeat ; videri jus politicum esse, seu forense & civile Mo-
saicum : & tamen postea subjicit : liberos graviter peccare, sine pa-
rentum consensu nuptias arbitrio suo contrahentes : quia hoc sua-
deat ratio naturalis, ut liberi adhibeant parentum consensum, ve-
lit hoc jus Gentium & præcipiat quartum præceptum. Si enim
46. hoc suadet ratio naturalis, vult hoc jus Gentium & * præcipit hoc
quartum præceptum, ut dicit Ungepaur ; certè lex hæc non fo-
47. rensis sive civilis Mosaica, sed moralis erit. Quod * ita proba-
mus : Si quartum præceptum præcipit, ut liberi in matrimoniis
contrahendis parentum consensum adhibere debeant ; sequitur le-
gem hanc non forensem sed moralem esse. At prius est verum ;
48. Ergò & posterius. Connexio * majoris probatur : quòd omne id,
quod in Decalogo præcipitur, lex sit moralis : Idque nullâ proba-
49. tione indiget. Minorem * concedit Ungepaur, & in specie pro-
batur ex loco Divi Pauli, ad *Colossens. c. 3. v. 20.* ubi inquit Aposto-
lus : *Filii obedite parentibus per omnia : hoc enim beneplacitum est Do-*
50. *mino.* Si * igitur in omnibus obedire debent liberi parentibus,
51. quid ni in hac tam ardua & pia causa ? Relinquitur * jam mo-
rale esse præceptum hoc, ut liberi in matrimoniis contrahendis pa-
52. rentum consensum requirere debeant : cùm * necessarium legum
moralium sit attributum : ut in Novo Testamento, non nudâ sal-
tem commemoratione, sed præcepti nomine repetitæ sint. Ex-
cellentiss. DN. D. Cunradus Dietericus *p. m.* præceptor quondam
noster fidelissimus, & honoratissimus. *Instit. Catechet. in loc. d. De-*
53. *calog. sive lege p. m. 73. n. 3.* Præmisso * hoc prosyllogismo ulte-
riùs argumentamur : Omnis actus celebratus contra legem mo-
ralem nullus est. At matrimonium sine parentum consensu ini-
54. tum contra legem est morale. Ergò nullum est. Major * pro-
positio probatur : quòd actus contra legem civilem celebratus nul-
lus sit vel in validus, quod pluribus exemplis doceri posset. Ergò
multò magis actus, contra legem moralem celebratus, nullus vel
55. invalidus erit : civilis * enim lex per indirectum, moralis verò
directò

directò in conscientia obligat. D. Paul. Tarnov. *apud Georg. Dede-*
kenn. in thesaur. consil. th. vol. 2. p. 2. & seqq. Minor * propositio
 antè probata fuit. Excipit hîc Ungepaur: quòd nullus sit actus
 bonis moribus contrarius, nisi * tale vitium sit in accidenti ali-
 quo, & rei ipsius substantiam non mutet, nec tollat. Quod exem-
 plo matrimonii sub falso divitiarum obtentu contracti confirmat:
 ubi is qui dolosè circumvenit patrem puellæ, contrà octavum
 quidem præceptum peccet; non ideò tamen nullum sit matrimo-
 nium, sed validum. Verùm * frivola videtur hæc esse exceptio:
 falsissimum enim est, parentum consensum de accidenti esse ma-
 trimonii à liberis contrahendi. Si * namque de accidenti esset,
 adesse posset & abesse, adeoque in libero arbitrio esset liberorum
 positum, num parentum consensum in matrimoniis suis adhibere
 velint, nec ne: quod nemo nisi omnis judicii & rationis experts
 affirmabit. Et est id ipsum menti Ungepaueri adversum, dum di-
 cit: contrà quartum peccare præceptum liberos, parentum suo-
 rum consensum in matrimoniis suis non requirentes. Itaq; * si ex
 mente Ungepaueri parentum consensus in liberorum matrimoniis
 semper requirendus, nec unquam abesse potest, vel debet; certè
 de accidenti matrimonii à liberis contrahendi non erit; sed de
 ipsa ejus substantia. Malè * verò adductum exemplum huc ac-
 commodatur: quippe divitiæ nihil commune habent cum ipso
 matrimonio: siquidem * consensus facit nuptias, *l. consensus 30.*
ff. d. R. I. non in divitiis vel alio aliquo externo, sed in ipsis personis
contrahentibus earumque mutua & individua animorum conjun-
ctione, atque in personis in quorum sunt potestate consistens. §. 1.
Instit. d. patr. potest.

Ultimum * argumentum desumit Ungepaur ex *pr. instit. h. t.*
 ubi naturalis & civilis ratio jungantur: Ergò non nudæ natu-
 rali rationi effectum hunc attribuendum esse dicit, sed cum civili
 conjunctæ. Verùm * utrique tam naturali quàm civili rationi se-
 paratim effectum hunc attribuendum esse, ut in liberorum nuptiis
 parentum consensus adhiberi debeat; clarè apparet ex ipso *d. pr.*
 quando ibi dicitur: *Hoc fieri debere & civilem & naturalem rationem*
suadere. Adeòque * duplex Et satis evincit, etiam naturalem ra-
 tionem separatim suadere, imò præcipere, ut in liberorum nuptiis
 parentum consensus adhibeatur. Non * autem nudam & simpli-

56.

57.

58.

59.

60.

61.

62.

63.

64.

65.

66.

- cem esse suasionem sive consilium; evincitur ex verbo *Debere*. Præceptiva * igitur est suasio hæc, tam naturalis quam civilis rationis: inprimis verò quòd æquiparentur in hoc naturalis & civilis ratio.
68. Itaque * sicut civilis ratio præcipit, ut parentum consensum adhibeant liberi in matrimoniis contrahendis; ita & naturalis ratio idem suadet & præcipit.
69. Porro de * jure naturæ in liberorum matrimoniis necessarium esse parentum consensum, exinde quoque patet: quòd naturæ lex sit summa & prima: quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris. Et
70. est * æquissima juris Regula: quod quisque juris in alium statuerit; eodem jure & ipse utatur. *t. t. ff. quod quisq. jur. & c.*
71. Ad civilem rationem quod attinet, quænam * illa sit; Doctores nostri inquirunt. Et sanè non unam esse rationem, negari non potest. Prima * verò est patria potestas, de jure civili introducta: quæ non patitur, ut is, qui alieno juri subjectus est, subducatur se potestati huic, & de rebus suis, inprimis verò arduis, ubi interesse patris maximè versatur, irrequisito patre pro lubitu disponat.
72. Altera * ratio est: ne patri invito suus agnascatur hæres. *arg. l. cum nepos 6. ff. d. adopt. & l. oratione 16. §. 1. ff. d. rit. nupt. Francisc. Connan. libr. 8. c. 4. n. 7. Cothman. respons. 1. n. 75. & seqq. vol. 1.* Quòd
73. verò de * jure Civili parentum consensus omninò necessarius sit, indubitatum est, nec prolixâ indiget probatione. *pr. instit. h. t. l. nuptia 2. d. l. oratione 16. §. 1. l. nuptia. 13. & l. filiusfamiliâs 35. ff. d. rit. nupt. l. nec filium 12. & l. in conjunctione 20. C. d. nupt.*
74. Verùm * objicitur hîc: quòd matrimonia debeant esse libera; *l. Titia 134. ff. d. V. O. d. l. non cogitur 21. ff. d. rit. nupt. d. l. nec filium 12. & l. neq. ab initio 14. C. d. nupt.* matrimonia verò non videantur esse libera, quæ parentum consensum necessum habent. Respondetur: * objectam Regulam ita esse intelligendam: quòd matrimonia pœnis non constringi, sed ab omni violenta coactione libera esse debeant. Illa verò matrimonia quæ parentum consensum requirunt haud violenta esse; ipsa ratio suggerit.
75. Objicitur * etiam: eum velle non credi, qui obsequitur imperio patris. *l. velle non creditur 4. ff. d. R. l.* Respondemus: * licet ex nutu patris uxorem ducens non absolutè & simpliciter velit; tamen non non vult, quod medium est inter nolle & velle. Decius. *ad d. l. 4.* Sufficit * autem in matrimoniis non nolle maluisse sc. neque

que evidenter contradicere. *l. si patre cogente 22. ff. d. rit. nupt.* Id-
que * speciali matrimonii favore ita introductum est. Dn. D. Da-
vid Magir. *p. m. ad d. l. 4. ff. d. R. I. n. 11.*

De * jure Canonico an consensus parentum necessarius in
liberorum nuptiis, valdè quoque controversum esse inter Dd. de-
prehendimus. Alii * distinguunt inter veteres & novos Canones,
ut secundùm illos necessarius sit. *c. aliter. c. nostrates caus. 30. q. 5. c.*
non omnis & c. seq. 32. q. 3. Alberic. Gentil. *d. nupt. libr. 4. c. 4. n. 8.*
Alii * distinguunt inter necessitatem & honestatem: ut de hone-
state saltem parentum consensus adhiberi debeat. Quæ sententia
* à Dd. communiter approbatur: teste Gabriele Palæoto in tract. *d.*
spur. c. 8. n. 3. Sichard. *ad l. 4. C. d. sponsal. n. 6.* Beust. *d. matrim. c. 45.*
p. m. 83. Schneidevv. *d. nupt. licit. b t n. 33.* Wesenbec. in *x. ff. d.*
rit. nupt. n. 3. Thom. Sanchez. in tract. *d. matrim. libr. 4. disput. 22.*
n. 3. Joh. Gutierrez. *d. matrim. c. 79. n. 3.* Andr. Geil. *2. observat. 93.*
n. 3. & 2. observat. 95. n. 5. Kitzel. in *synops. matrimon. c. 4. theorem. 3.*
*lit. C. & D. & * fundata reperitur, in c. sufficiat 27. q. 2. c. 1. x. d. spon-*
*sal. impub. atque à Concilio Tridentino * per expressum confirma-*
ta est. Session. 24. decret. 81. Verùm * quicquid statuant Canones:
in terris nostris jus Cæsareum observari & praticari; testatur Jo-
achim Beustius *d. l. in fin.*

An * matris consensus in liberorum nuptiis tam de jure Di-
vino quàm Civili sit necessarius; inter Dd. quoque controvertitur.
Sanè de * jure Divino necessariò eum esse requirendum, exinde
probatur: quòd utrique parenti idem debeatur honor, *l. 1. ff. d. liber.*
exhib. & in * quarto præcepto præcipiatur liberis: ut patrem &
matrem honorent. Non * tamen matris consensu non requisito
de jure Divino nullum est matrimonium liberorum, modò patris
adsit consensus: major enim patris habenda est ratio, qui caput est
uxoris, cuique honesta conjux parere debet. D. Bidenbach. *d. caus.*
matrimon. q. 1. n. 6. Nec etiam * de jure civili matris consensus om-
ninò necessarius est: quòd enim secundùm illud paternus consen-
sus requirendus sit; patria facit potestas. Quod exinde * colligere
licet: quoniam filius emancipatus in nuptiis contrahendis patris
consensu non indiget. *l. in potestate 10. ff. d. sponsal.* Atquin mater
majorem potestatem in liberos non habet; quàm pater in liberos
emancipatos. Veruntamen * mortuo patre, de jure civili in nu-

- tiis filiae consensus matris sicut & propinquorum necessarius est. *l. 1. & l. in conjunctione 20. C. d. nupt. Welsenbec. in w. ff. d. rit. nupt.* Secundum * Ecclesiasticam verò Ordinationem Würtembergicam quando pater in vivis non amplius est, non solum matris & propinquorum, sed etiam curatorum consensus in nuptiis liberorum requiritur. *Ordinat Ecclesiast. & Ordinat. polit. Würtemb. tit. von der pfleger vnd vormunder Ampt. §. ult. jus municipal. p. 4. tit. von der nussung der Kinder &c. §. nach dem würt auch. p. 345. Ordinat. polit. tit. von Nupten vnd heimlichen enthalten. §. so fern aber &c. D. Bidenb. d. caus. matrim. q. 4.* ubi ita in Ecclesiastico Consistorio Würtembergico pronunciari ait. Addit * tamen ibidem Bidenbachius: quod nec vitricus vel noverca, nec propinqui, nec curatores adultorum matrimonia cum personis honestis contracta, etsi reluctantur, impedire possint. Sicut & hoc * subjicit D. Bidenbachius: *in fin.* parentibus defunctis; avi & aviae eandem potestatem esse, quæ patris est & matris. De omni igitur jure excepto Canonico parentum consensus in liberorum nuptiis necessarius est, ita quidem, ut licet * juramentum iis accesserit, ea nihilominus rescindi vel potius pro nullis declarari queant: quippe * juramentum vinculum iniquitatis esse non debet. *c. quanto 18. §. si falsò d. jurejur. c. 1. §. quia verò eod. tit. c. inter cetera. 22. q. 4.* Monet * tamen D. Bidenbach. *d. caus. matrim. q. 1. n. 2.* ut, nisi causæ sint gravissimæ, juramenta liberorum non facilè rescindant parentes, sed potius conscientiis eorum parcant.

- Rescindi etiam vel pro nullis declarari possunt matrimonia hujusmodi, insciis parentibus contracta, etsi * carnalis copula secuta fuerit. *§. si adversus ea 12 h. t. D. Bidenb. d. c. 1. n. 3.* Sicq; * aliquando conclusum & decisum esse. *Juridica Facultate Rostochiensis;* videre est ex consilio ejus, in causa ubi non solum carnalis copula, sed & benedictio sacerdotalis accesserat, *apud Georg. Dedeken. in thesaur. consil. & decis. Theolog. in append. vol. 3. N. 4. p. m. 35.* Quod * procedit strictâ juris ratione inspectâ: verum ubi filia viro, vitâ, moribus & genere sibi condigno nupsisset, neque gravem dissensus sui causam allegare posset pater; æquius & humanius videtur: ne matrimonium insciis parentibus contractum & copulâ carnali secutâ dirimatur. *arg. l. 19 ff. d. rit. nupt. D. Kitzel. in synops. matrim. c. 4. theorem. §. lit. D. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 13. c. 20 lit. CC. D. Martin.*

D. Martin. Rümlin. *Exercit. 2. th. 4. lit. B.* Tali enim * casu matrimonii dissolutionem si peteret pater; potestate suâ acerbè nimis uteretur: quæ in pietate non in atrocitate consistere debet. *l. Divus Hadrianus 5. ff. ad L. Pompej. d. parricid.* Et * benè concordantia matrimonia jure patriæ potestatis non esse turbanda; respondit Ulpianus JC. *in d. l. 1. ff. d. liber exhib.*

104.

105.

Advertendum quoque hîc est: licet liberi parentum suorum consiliis in matrimoniis suis temerè resistere non possint; non * tamen parentes eos cogere posse, hanc vel illam, vel ob divitias, vel familiæ splendorem iis obtrudere & ita ad matrimonia cogere: vel etiam ob privatum aliquod interesse liberorum matrimonia impedire: id * enim officio parentum & pietati omninò contrarium esset. *Vid. D. Bidenbach. d. caus. matrim. q. 2. & 3. Brochmand. in System. Theol. tom. 2. q. 4. p. 1492.*

106.

107.

Controversia VI.

In liberorum nuptiis parentum subsequens ratiohabitio haud sufficit.

Summaria.

Controversiæ hujus negativa sententia de jure civili vera est. *n. 1. 2. 3. 4. & 5.*

Obiectio. *n. 6.*

Solutio. *n. 7. 8 & 9.*

Secunda obiectio. *n. 10.*

Ejusdem solutio. *n. 11. & 12.*

Tertia obiectio. *n. 13.*

R. sponso. *n. 14. & 15.*

Affirmativa sententia practica est. *n. 16.*

DE * jure Civili negativa controversiæ hujus sententia expedita videtur. Nam * *in pr. h. t.* parentum consensum in tantum exigit Justinianus Imperator: ut jussus præcedere debeat.

1.

2.

Et * facit *l. si uxor 13. §. si quis 6. ff. ad L. jul. d. adult.* ubi dicitur: Filiam familiâs jure mariti adulterii accusari non posse, cujus conjunctioni pater postea consensit.

3.

Sicut * & pro eadem sententia pugnat *l. eos 65. §. 1. ff. d. rit.*

4.

R 3

nupt.

nupt. in qua respondet Paulus JC. Ejus, qui contrà mandata matrimonium in provincia contrahit, si in eadem voluntate perseveret, liberos, postea ex justo matrimonio natos, legitimos esse.

5. Cujus * opinionis ratio est: quòd id quod nullum est ratificari non possit: cùm non entis nullæ sint qualitates. *l. 1. ff. d. injust. rupt. &c.*

6. Non * obstat: quòd rati habitio mandato æquiparetur, idq;
7. quod postea actum retrahat. *l. fin. C. ad Sct. Macedon.* Fallit *

8. enim hoc: ubi lex pro forma requirit, ut præcedat consensus: siquidem * forma rei ad unguem servari debet: *l. cùm hi 8. §. si Prætor 17. ff. d. transact.* nihilque addi formæ detrahive potest. *l. fin. C. d. suis & legit. hered.* Ernest. Cothman. *resp. 25. n. 18. & 19. vol. 2.*

9. Pro * forma autem requiritur in liberorum nuptiis, ut consensus parentum præcedere debeat. *d. pr. h. t.*

10. Non * obstat etiam: quòd liberi ex concubinato progenerati
11. per subsequens matrimonium legitimentur. Respondemus namq;
12. * diversam obtinere inter hanc legitimationem & rati habitationem ratione concubinitus * in jure civili permissus est; *l. 3. & t. t. ff. d. concubin.* ut verò injussu parentum matrimonium contrahatur omninò prohibitum.

13. Sicut nec * adversatur: *l. si ut proponis 5. C. h. t.* in qua nepos esse dicitur, quando nuptiis filii non contradixit avus. Respondemus enim * in casu *d. l. 5.* nunquã contradixisse avũ nuptiis filii, qui in ejus potestate fuit; semper autem consentire præsumitur pater, nisi evidenter contradixerit, per textum rotundum in *l. in sponsalibus 7. §. 1. ff. d. sponsal.* Sicque avus in *d. l. 5.* * ab initio statim matrimonii consensum suum accommodasse censetur. Thom. Sanchez. *d. matrimon. libr. 2. disput. 36. per tot.* Ungepaur. *Exercit. 3. q. 6.* Anton. Matth. in not. ad *pr. h. t.* Wesenbec. in *æ. ff. d. rit. nupt. n. 3.*

16. Verùm licet hæc de jure civili obtineant, * contrariam tamen sententiam, matrimonii & liberorum favore, usu hodie magis invaluisse; testantur Ernestus Cothmannus, *respons. 1 n. 148. vol. 1.*

Geil. 1. *observat. 112. n. 12. & seq. & 2. observat. 95. n. 4. & 5.*

Kitzel. in *synops. matrimon. c. 4. theorem. 2.*

lit. G.

Con.

Controversia VII.

In linea recta matrimonium in infinitum prohibetur.

Summaria.

Quid sit linea. n. 1.

Quotuplex sit. n. 2. 3. 4. 5. & 6.

Graduum computatio alia est juris Canonici, alia juris civilis. n. 7. 8. 9 & 10.

Computatio graduum à jure Canonico introducta in matrimonialibus tam in terris Imperii, quam Ecclesiæ observatur. n. 11.

Civilis verò computatio in successione & tutelis. n. 12.

In linea recta quoque civilis hæc graduum computatio in matrimonialibus attenditur. n. 13.

In linea recta matrimonium in infinitum prohibitum est. n. 14.

Idque de jure Naturæ. n. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. & 22.

De jure Divino. n. 23. & 24.

De jure Gentium. n. 25. & 26.

De jure Civili. n. 27.

De jure Canonico. n. 28. & 29.

Obiectio. n. 30.

Solutio. n. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. & 38.

PRæmittendum hîc nonnihil erit de lineis, gradibus eorumq; computatione. Linea * est collectio personarum, ab eodem stipite descendantium, gradus continens & cognationes distinguens. Schneidvv. *h. t. n.* 4. Quæ * vel recta est, vel obliqua si-
ve collateralis. Illa continet personas, à quibus nos originem ducimus, quales sunt parentes. Collateralis * est, quæ personas comprehendit, nobis à latere conjunctas: quales sunt fratres & sorores omnesque deinceps. Hæc * vel est æqualis, vel inæqualis. Illa * est, ubi personæ, de quarum cognatione quæritur, à communi stipite æqualiter distant: ut fratres & sorores eorumq; liberi. Inæqualis * est, in qua personæ, de quarum quæritur cognatione, inæqualiter à communi stipite distant, & quæ inæqualia habet latera: ut frater & fratris filius.

Quod * ad computationem graduum attinet: sciendum est, aliam juris civilis esse, aliam verò juris Canonici. De jure civili hæc obtinet Regula: quot * sunt personæ, tot sunt gradus, stipite dempto.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9. De * jure Canonio quoto gradu distat alterutra persona in linea collateralis æquali à communi stipite; eodem gradu personæ, de quarum cognatione quæritur, inter se distant, & sic jus canonicum duas personas conjungit. In *. linea verò collateralis inæquali: quoto gradu distat remotior persona à communi stipite; eodem gradu personæ quoque inter se distant. Et * hæc juris Canonici graduum computatio tam in terris Imperii quàm Ecclesiæ in matrimonialibus causis, tanquàm spiritualibus, observatur.
10. Civilis * verò graduum computatio, personas numerans, in hæreditatum successionibus & tutelæ delatione attenditur. In * linea tamen recta juris civilis computatio observatur: in qua quot sunt personæ dempto stipite, tot etiam sunt gradus.
11. In linea recta autem quoto gradu prohibitum sit matrimonium, controvertitur. In * infinitum illud prohibitum esse, tam de lege Naturæ & Divina, quàm Civili & Canonica statuimus.
12. Et sanè quod * legem naturæ concernit, matrimonia ejusmodi prohibet pudor naturalis, qui in matrimoniis imprimis inspicere debet. *l. adoptivus 14. §. serviles 2. circ. fin. ff. d. rit. nupt.* Ut * pares etiam sint generantes & generati per naturam fieri non potest.
13. Matrimonium * quoque contractus quidam est & amicitia conjugalitatis; ideoque duo extrema requirit, quorum unum non sit pars alterius: juxta illud *Genes. c. 2. v. 24. Et erunt duo in carne una.* Atquin liberi quædam pars sunt parentum. Ergo non possunt contractum ejusmodi conjugalem cum parentibus suis inire. Nam cum sint una caro parentes & liberi; naturaliter non sunt habiles, ut ex iis denuò una caro fiat, ad quod matrimonium tendit.
14. Naturæ * etiam repugnat: filiam æqualem & sociam fieri parentibus, vel matrem filio subditam. Sed * & ex eo videre possumus, naturam hujusmodi conjunctionibus adversari: quòd quin tam generationem vix quis videat: & si videat ætatis ratio non permittat, personas ejusmodi conjungi. Unde * Aristoteles in *histor. animal. libr. 9. c. 47.* & Plinius d. *nat. histor. c. 42.* tradidere: Bruta instinctu quodam Naturæ ducta coitum cum parentibus refugere: & Camelos atque equos non posse adigi, ut cum matribus admisceantur, quæ duo mirabilia sint exempla. Itaque
15. Deus * in prima hominum creatione singulariter præcavit, ne parentes & liberi conjungerentur, ab initio statim masculum & feminam

minam creando. Et * ante diluvium Noah & liberos cum legitimis uxoribus in Arcam ingressis conservavit: ne opus esset, liberos cum parentibus commisceri.

De * jure Divino quoq; liberorum & parentum matrimonia per expressum damnantur, *Levit. cap. 18. v. 7.* ubi habetur: Ego Dominus Deus vester: turpitudinem patris tui & turpitudinem matris tuæ non discooperies, mater tua est, non revelabis turpitudinem ejus. Quæ * benedictio etiam fuerit Lothi, cum filiabus suis concumbentis, Sacræ Literæ testatum faciunt: quòd post scelus hoc & grande peccatum nullibi ejus amplius mentio fiat, & scelerati quoque ex coitu isto progeniti sint homines, ut Moabitæ & alii.

Atque * omnes Gentes abhorreere ejusmodi matrimonia in confesso est, & testatur Sanchez *d. matrimon. libr. 7. disput. 51. n. 6. & 7.* Licet * enim de Persis, Assyriis, Parthis, Medis, Æthiopibus, Indis, Scotis, Hybernis, de Naura Regione & Nomadum natione contrarium testentur Scriptores à Sanchez allegati; tamen populi hi istiusmodi nefariis commixtionibus tanquàm barbari se inquinârunt, nec in hoc juri Gentium quicquam derogare potuerunt.

Porro * de jure civili damnata esse parentum & liberorum conjugia & quidem in infinitum; perspicimus ex *pr. h. t. l. nuptia 53. & l. fin. ff. d. rit. nupt.*

De * jure Canonico improbari matrimonia hujusmodi, exinde potest colligi: quòd jus Civile in hoc correctum non sit per jus Canonicum. Quod autem in jure Canonico correctum non est, id de eodem jure observatur. Sicut * enim jus civile non dedignatur Canones observare; ita nec Canones jus Civile. Neque obstat * *c. non debet. d. consang. & affin.* ubi consanguinitas ad quartum usque gradum restringitur. Nam * de affinibus lineæ collateralis *c.* illud intelligendum est: quippe * jus civile, quod super maximâ honestate fundatum, per generalem Canonicam dispositionem haud correctum præsumitur. Abb. Panormit. *in d. c. non debet.* D. Gerhard. *d. conjug. n. 284. p. m. 419.* Quòd * etiam non idem jus obtineat quòd ad matrimonii prohibitionem in linea recta & collaterali, exinde constat: quod * utriusque lineæ dispar sit ratio: non enim eadem illa reverentia, parentibus debi-

35. ta, fratribus, sororibus & deinceps aliis debetur. Quin * parentibus reverentia illa in infinitum exhibenda est: parentes namque sunt & manent in millesimum usque gradum: in quocunque enim sunt gradu; tamen liberi ex iis generati sunt. Collaterales * verò post tertium gradum in nomen agnatorum & cognatorum transeunt. Cùm * igitur diversa ratio sit adscendentium, descendentium & collateralium; diversum quoque jus inter eos obtinebit. Gloss. ad d. l. 53. ff. d. rit. nupt. Schneidevvin. d. arbor. canonic. h. t. n. 4.
36. 37.

38. Et ergò parentum & liberorū matrimonia de omni jure, tam Naturali & Divino, quàm Gentium, Civili & Canonico in infinitum prohibitum erit: * adeò quidem ut Glossa ad d. l. 53. ff. d. rit. nupt. dicat: quòd, si Adam & Noah redirent, illi uxores non sint inventuri: cùm omnes ex illis generati simus.

Controversia VIII.

Frater cum sorore de jure Naturæ, Divino & Gentium incestum committit.

Summaria.

Quæ sint nefariæ, incestæ & illicitæ nuptiæ. n. 1. 2. 3. & 4. A
 Frater cum sorore de jure naturæ incestum committit. n. 5.
 De jure Divino. n. 6. 7. & 8.
 De jure Civili, sicut & de jure Gentium. n. 9.
 Objicitur. n. 10.
 Respondetur. n. 11. 12. 13. & 14.
 Deinde objicitur. n. 15.
 Respondetur. n. 16.

1. 2. 3. 4. **N**Efariæ * & incestæ nuptiæ sunt, quæ lege Divinâ prohibentur: illicitæ, * quæ lege politicâ. Nefariæ * autem inter adscendentes & descendentes committuntur: incestæ * inter collaterales. Frater igitur & soror incestum committunt matrimonium contrahentes: tam de jure Naturæ, Divino, & Civili, quàm Gentium.

5. Et quidem * de jure naturæ: quòd, quæ natura ipsa separavit, in unam carnem conjungi non debeant. Hilig. in Donell. enucleat. libr. 13. c. 19. lit. H. circ. fin.

De * jure Divino textum expressum habemus *Levit. c. 18. v. 9.* 6.
 & 11. ubi habetur: nuditatem sororis tui, quæ genita est patri tuo,
 soror tua est, non revelabis. Et * *Levit. c. 20. v. 17.* dicitur: Qui ac- 7.
 ceperit sororem suam, filiam patris sui, vel filiam matris suæ & vi-
 derit nuditatem ejus opprobrium hoc, & succidetur in oculis filio-
 rum populi sui. Atque * *Deuter. c. 27. v. 22.* maledictus, qui dor- 8.
 mit cum sorore sua, filia patris sui, vel matris suæ.

De * jure Civili præter alios textum quoque habemus dilu- 9.
 cidum in §. *ergò non omnes 1. Instit. h. t.* De * jure Gentium ve- 10.
 rò, quod controversum, incestas contrahere nuptias fratrem cum
 sorore, exinde constat: quòd omnes gentes à matrimoniis hujus-
 modi abhorruerint: veluti probat hoc Timæus Faber *ad instit. disp. 6.*
th. 9.

Quamvis * verò Gentes quædam connubia hujusmodi admi- 11.
 serint, quorum exempla recenset D. Gerhardus *d. conjug. n. 26 p. 396.*
 & seq. non * tamen corruptus Gentium harum usus protinus jus 12.
 aliquod facit. Et * absolum etiam foret dicere: jus Gentium hoc 13.
 esse, quo una atque altera Gens fuit usa.

Exemplum * quoque liberorum Adami nihil probat: hoc 14.
 enim propter necessitatem ex singulari Dei dispensatione permis-
 sum fuit. Et * quantò necessitate cogente illud antiquius; tantò 15.
 postea, Religione prohibente, factum est damnabilius. D. Augustin.
d. civit. Dei. libr. 15. c. 16. Sed * nec adversantur *l. ult. ff. d. rit. nupt.* 16.
l. si adulterium 38. §. 1. & seq. ff. ad L. Iul. d. adult. intelligendæ * enim 17.
 sunt de nuptiis patrui & avunculi, qui de jure Gentium incestum
 non committunt. Kitzel. *in synops. matrim. c. 3. theorem. 7. lit. E.* Ti-
 mæ. Fab. *d. l.*

Controversia IX.

*Duorum fratrum, vel sororum liberi ma-
 trimonium licitè contrahunt.*

Summaria.

Duorum fratrum liberi de jure Civili matrimonium licitè contrahunt.

n. 1. & 2.

Quod jus ante Constantinum temporibus Diocletiani obtinuit. n. 3. 4. & 5.

S 2

Bachovii

Bachovii sententia, statuentis *l. celebrandis* 19. *C. h. t.* nunquam observatam fuisse; improbat. *n. 6. & 7.*

Antonius Contius, Hotomannus & Antonius Faber §. *duorum fratrum* 4. malè emendant, particulam *Non* ei infarcientes. *n. 8. 9. 10. 11. & 12.*

Exempla matrimoniorum hujusmodi apud Romanos. *n. 13. 14. & 15.*

De jure quoque Divino approbantur consobrinorum matrimonia. *n. 16.*

Quod emplis Sacris demonstratur. *n. 17. 18. 19. & 20.*

De jure verò Canonico improbantur consobrinorum conjugia. *n. 21.*

Cujus constitutio in aliis reformatæ Religionis regionibus recepta est. *n. 22.*

Et in inclyto Würtembergico Ducatu approbata, ita: ut nec dispensationi locus sit. *n. 23. & 24.*

Secundùm Ordinationes politicorum Magistratuum in tertio gradu dispensari solet. *n. 25. & 26.*

Quin in Saxonia in secundo gradu interdum dispensatur. *n. 27.*

In Ecclesiastico consistorio Würtembergico in nullo nisi tertio gradu dispensatur. *n. 28. & 29.*

1. **D**Uorum fratrum * liberos sive consobrinos matrimonio jungi posse; in §. *duorum fratrum* 4. *h. t. l. si nepotem* 3. & *l. non solum* 67. §. 1. ff. *d. rit. nupt. l. uter.* 23. ff. *d. condit. instit. l. Lucius* 78. §. *filiam* 8. ff. *ad Sct. Trebell. l. conditioni* 2. *C. d. instit. & substit.* per expressum sancitum est, & evidentissimè ab Arcadio & Honorio Imperatoribus
2. in *l. in celebrandis* 19. *C. h. t.* rescriptum. Cujus sanctionis * ratio est: quòd de jure civili in linea collateralis non habeatur ratio graduum, sed honestatis duntaxat & reverentiæ: *l. semper* 42. ff. *d. rit. nupt.* ut inter eas personas, quæ parentum liberorumq; sunt loco.
3. Idemque jus * ante Constantinum Imperatorem temporibus Diocletiani obtinuisse; constat ex *l. quoniam* Cod. *Gregor. d. nupt. lib. 5.*
4. Quamvis verò per * Theodosii Imperatoris, patris Arcadii & Honorii constitutionem recessum fuerit ab hoc jure & constitutum: ut nuptiæ hæ ab Imperiali rescripto impetrari deberent; in *l. unic. d. nupt. ex rescript. impetr. C. Theodos.* tamen * constitutio illa postea per dictos Imperatores, Arcadium & Honorium, restituta fuit. Dicit quidem * Bachovius ad §. 4. *h. t. d. l. 19.* nunquam observatam fuisse; verùm * divinatorium est, & per §. *in quibus* 5. *proæm. instit.* confutatur, ubi ait Justinianus Imperator: in institutionibus breviter expositum esse: & quod antea obtinebat, & quod postea defuetudine innumbratum Imperiali remedio illuminatum est.

1. Malè etiam * Antonius Contius *libr. 1. subsec. lect. 9. & 2. lect. 1.* Franciscus Hotomannus, ad *d. §. 4. h. t.* & Antonius Faber
jurispr.

jurispr. Papin. pr. 6. illat. 6. d. §. 4. particulam *Non infarciunt*, & *d. l. 19.* à Triboniano corruptam esse dicunt. Quis * enim non plus fidei & autoritatis Imperatori Justiniano, Triboniano & collegis ejus haberet, quàm uni vel alteri juris interpreti? præsertim autem quòd Pandectarum leges cum *d. §. 4.* & *d. l. 19.* correfpondeant. Adducit quidem * Contius, & qui cum eo faciunt, Theophilum & Gajum, *in instit. suis §. 5. d. §. 4. h. t.* negationem adscribentes. Verùm nec * Theophili illius, qui Triboniani collega non fuit, nec Gaji major potest esse autoritas, quàm Accursii, vel alius juris interpretis, veluti notat Cujacius *ad d. §. 4. h. t.* Plus igitur valebit * Justiniani autoritas & Triboniani quàm Theophili & Gaji.

Exempla matrimoniorum hujusmodi apud Romanos occurrunt passim: * ut Marci Antonini Imperatoris, Philosophi dicti exemplum, qui consobrinam suam uxorem habuit. Et * Cluentiam post mortem patris A. Aureo Melino consobрино nupsisse; dicit Cicero pro Cluentio. Atque * Horatiorum & Curiatorum & Tarquinianorum nepotum exemplum reperitur apud Dionys. Halicarnas.

Hiscè legibus civilib⁹ & Romanorum exemplis succenturiantur * jus Divinum & exempla in eo tradita. Nam *Levit. c. 18.* recensentur personæ, quæ matrimonio jungi non debent, & consobrini omittuntur. Ita * Isaacus, Abrahami filius Rebeccam duxit, patrui Bathuelis filiam. *Genes. c. 24. v. 67.* Et * Jacob consobrinam suam, Rachælem, Labani filiam. Amram * pater Moysis & Aaronis Joachabed, patruelem suam. *Exod. cap. 6 v. 20.* Unde * D. Ambrosium, *Epist. 66.* ad Paternum scribentem, de jure Divino prohibitas esse consobrinorum nuptias memoriâ lapsum esse; post Chemnitium, Bezam & D. Augustinum à se allegatos; dicit Andr. Gerhardus. *Exercit. justin. decad. 2. th. 6.*

Verùm de * jure Canonico reprobantur consobrinorum matrimonia, *in c. ad sedem 35. q. 5. c. non debet. 8. x. d. consanguin. & aff. c. quadam lex terrena 35. q. 2. & 3.* ubi matrimonia in quarto gradu inclusivè prohibentur. Quod * in aliis reformatæ Religionis Regionibus receptum esse; testatur Tilemannus Heshusius. von Cheverlobnussen *regul. 2.* Et in * inclyto Ducatu Wirtembergico non admitti consobrinorum connubia, adeò quidem, ut nunquàm dispensationi locus esse possit; tradit D. Felix Bidenbachius.

24. *d. caus. matrim. c. 3. n. 2.* Idque * adhuc hodie observari & practi-
cari novimus, ita strictè quidem: ut ii, qui talia matrimonia inire
præsumpserint, Ditiones Würtembergicas exire cogantur.
25. Secundum * Ordinationes tamen politicorum Magistratuum
consobrinorum nuptias in tertio gradu, tam lineæ æqualis quàm in-
æqualis per dispensationem ut plurimum concedi; tradit D. Joh.
26. Kitzel. in *synops. matr. c. 3. theor. 8. lit. C. D. & E.* Et * in Saxonia in
tertio gradu lineæ æqualis non inæqualis dispensationi locum esse;
27. asserit Schneidevvinus *ad d. §. 4. h. t. d. arb. canonic. n. 8.* Quin * in
Saxonia consobrinorum nuptias in secundo gradu ob probabiles
circumstantias interdum per dispensationem saltem permitti; te-
28. statur Welsenbecius *ad d. §. 4. n. 2.* In * Ecclesiastico Consistorio
verò Würtembergico in nullo nisi tertio gradu dispensari solet, ut
29. suprà diximus. Qui * gradus in lege nostra Municipali ideò pro-
hibitus videtur: ut eo tanquam sepimento quodam, vel muro pri-
mus & secundus gradus ab honestatis & sanguinis violatoribus
præmuniri & custodiri possit. Bidenb. *d. l. n. 4. Add. Hillig. in Donell.
enucleat. libr. 13. c. 19. lit. D. Arumæ. Exercit. 2. th. 13. Anton. Matth.
ad. d. §. 4. h. t. Henning. Wegner. disput. ad instit. 2. th. 4. lit. K. Ja-
cob. Cram. in discept. ad instit. 3. posit. 14. & seq.*

Controversia X.

*Filius adoptivus emancipatus patris adoptivi
matrem, vel materteram uxorem ducere
potest.*

Summaria.

- Pater adoptivus filiam adoptivam uxorem ducere non potest, ne quidem dis-
solutâ adoptione n. 1. & 2.
Idque procedit etiam in amita, & amita magna adoptiva. n. 3. & 4.
Controversiæ hujus affirmativa sententia probatur. n. 5.
Quæ sententiæ hujus ratio sit. n. 6. 7. 8. & 9.
Christophorus Porcus distinguit: an in locum filii vel filiæ fiat adoptio, an
verò in locum nepotis vel neptis. n. 10. 11. 12. 13. & 14.
Dissolutâ adoptione mater patris adoptivi, vel matertera duci potest. n. 15.
& 16.

Non

Non tamen uxor patris adoptivi, & quæ diversitatis sit ratio. n. 17. 18. & 19.
 Hotomannus, Cujacius & Arumæus l. *quin etiam* 55. §. 1. ff. d. rit. nupt. per-
 peram emendant. n. 20. 21. & 22.
 Arumæi argumentationi respondetur. n. 23. & 24.

Illud indubitatum est: * patrem adoptivum filiam adoptivam
 uxorem ducere non posse, ne quidem dissolutâ adoptione. l. ult. §.
 fin. C. d. adopt §. 1. h. t. Honestatis * enim vetat ratio, eam ducere
 uxorem, quæ aliquando filia, vel neptis fuit loco. l. liberi 4. C. h. t.
 Quod * procedit durante adoptione etiam in amita & amita ma-
 gna adoptiva: l. per adoptionem 17. §. 2. fin. ff. d. rit. nupt. §. 5. h. t. pa-
 rentum * enim & liberorum loco habentur, inter quos prohibi-
 tum est matrimonium: & de familia quoq; sunt patris adoptivi.

Verum quid dicendum erit de matre patris adoptivi, vel ma-
 tertera? Nec * hæc ducere uxores posse filium adoptivum; ex-
 pressè sancitum est in l. *quin etiam* 55. §. 1. ff. d. rit. nupt. & d. §. 5. h. t.
 Quod * non idè est: quòd avia fiat per adoptionem mater patris
 adoptivi, vel matertera, sed propter honestatem, quæ in matrimo-
 niis imprimis est attendenda: d. l. 4. licet contrà l. si qua 12. §. fin. ag-
 nationis jus deficiat. Reverà * enim avia non fit per adoptionem,
 sed nominetenus solùm: quibus * namque non agnoscitur per
 adoptionem, iis neque cognatus fit. l. qui in adoptionem 23. ff. d. adopt.
 Cùm * igitur filius adoptivus non agnoscatur matri patris adopti-
 vi, vel materteræ (quippe de familia patris adoptivi non sunt) per
 consequens nec cognatus fit. Christophorus Porcus tamen * ad §. 3.
 h. t. n. 9. distinguit: an in locum filii vel filia fiat adoptio, an verò
 in locum nepotis vel neptis. Si * filium & filiam habeat adoptans
 & in locum nepotis adoptet, materteram fieri dicit Porcus: quòd
 * filius, vel filia de agnatione sit adoptantis. Sin * verò nepotem
 ex filia habeat adoptans & in locum filii vel filia adoptio fiat, avun-
 culum vel materteram non fieri, ex ratione: quòd nepos, ex filia
 natus, non sit de adoptantis familia.

Porro * dissolutâ adoptione mater patris adoptivi, vel ma-
 tertera duci potest: quoniam * eo casu filius adoptivus fit extra-
 neus, & illa honestatis ratio non ampliùs attenditur.

Diversa ratio est * in uxore patris adoptivi, quæ nec secutâ
 emancipatione duci potest, pariter ut pater adoptivus filiam ado-
 ptivam dissolutâ adoptione ducere non potest: quia * novercæ lo-
 co ha-

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12. 13.

14.

15.

16.

17.

- co habetur uxor patris adoptivi, *l. adoptivus 14. pr. ff. d. rit. nupt.* &
 19. * quasi una caro est cum patre adoptivo; mater verò avia filii ado-
 ptivi esse disertè negatur. *in d. l. per adoptionem 23. ff. d. adopt.* Quæ
 20. cum ita sint facilè exinde constat: Franciscum Hotomannum * *1. re-*
spons. 10. in d. l. quin etiam 55. §. 1. ff. d. rit. nupt. perperam pro mater-
 21. *teram* reposuisse *amitam*: & Jacobum Cujacium * *libr. 23. obs. 36.*
 eumq; secutum Arumæum *Exercit. 2. th. 12.* malè voculam *matrem*
 22. *in d. l. 55. expunxisse.* Movet quidem * Arumæus: *d. l. quod in d.*
l. per adoptionem 23. ff. d. adopt. conferatur uxor cum matre patris a-
 doptivi. Sicut igitur illa duci non potest; *d. l. adoptivus 14. ff. d. rit.*
 23. *nupt.* ita nec hæc duci possit. Respondemus * Arumæo: comparari
 quidem *in d. l. 23. uxorem cum matre patris adoptivi in hoc, quod*
utraq; non sit de familia patris adoptivi; verumtamen diversa est
ratio ut diximus inter uxorem & matrem ejus: quoniam illa una
 24. *caro est cum patre adoptante. Et * deinde licet uxor patris ado-*
*ptivi mater non sit filii adoptivi; tamen * ex legis autoritate nover-*
cæ locum habet, mater verò avia filii adoptivi esse manifestè nega-
tur. in d. l. 23. ff. d. adopt. Add. Timæ. Faber. disput. 6. th. 15. Bachov.
in not. ad Treutler. p. 2. disput. 6. th. 2. lit. C. & ad §. 5. h. t.

Controversia XI.

Vitricus privigni sui relictam viduam uxorem ducere non potest.

Summaria.

- Vt consanguinitatis ratione ita quoque affinitatis matrimonium personis quibusdam interdicitur. n. 1. 2. & 3.
 Affinitatis tria sunt genera. n. 4.
 Primum quod sit. n. 5.
 Secundum. n. 6.
 Tertium. n. 7.
 Affinitas quæ inter vitricum & privigni viduam intercedit ad secundum affinitatis genus refertur. n. 8. & 9.
 Controversiæ hujus negativa sententia probatur. n. 10. 11. 12. 13. & 14.
 Quæ in Ecclesiasticis consistoriis practicatur. n. 15.
 Dissentiunt hîc Canonistæ. n. 16.
 Quibus respondetur. n. 17.
 Interdum dispensari solet. n. 18.
 Quod improbat. n. 19. & 20.

Non solum * consanguinitatis ratione, sed etiam affinitatis interdicitur matrimonium. In * quo gradu enim consanguinitatis prohibetur matrimonium, in eodem quoque gradu affinitatis illud prohibetur. Exempli causâ: * secundum jus Canonicum matrimonium in quarto gradu consanguinitatis interdicitur; in eodem igitur gradu affinitatis illud interdictum est.

Sunt * autem affinitatis tria genera. Primum genus est: * quod mediante unâ personâ contrahitur: Sic uxor fratris mei in primo affinitatis gradu mihi conjuncta est. Secundum genus est, * quod mediantibus duabus personis contrahitur: ita si mortuo fratre meo uxor ejus ad secunda vota transeat & Titio nubat, is Titius in secundo affinitatis genere mihi conjunctus erit. Tertium affinitatis genus est, * quod mediantibus tribus personis contrahitur: Sic si Catarina fratris mei uxor decedat & Titius Bertam ducat; hæc Berta in tertio affinitatis genere conjuncta erit mihi.

Quando igitur quæritur, ad quod nam genus affinitatis referenda sit affinitas, quæ inter vitricum intercedit & privigni relictâ viduam; * dicendum erit, eam ad secundum affinitatis genus referendam esse: duæ * enim sunt personæ intermediæ, quibus mediantibus affinitas hæc contrahitur. Prima est privignus, qui vitrico in primo affinitatis genere est conjunctus: cum hîc sola mater privigni interveniat, quam duxit vitricus. Jam si privignus uxorem ducat duæ interveniunt personæ, mater scil. & uxor privigni, quibus mediantibus affinitas inter vitricum & privigni uxorem contrahitur.

Quibus ita præmissis ad controversiam accedendum est: an nimirum vitricus privigni sui relictam viduam uxorem ducere possit? ubi * negativa placet sententia: quæ probatur per textum expressum in *l. uxorem 15. ff. d. rit. nupt.* Publicæ * enim honestatis vetat ratio, eam ducere uxorem, quæ aliquando filiæ fuit loco. Atque * illos, qui affinitatis causâ parentum liberorumq; loco habentur, matrimonio copulari nefas esse; traditur in *l. non facile 4. §. hos itaq; 7. ff. d. grad. & affin.* Vitricus * autem viduæ privigni instar parentis est: quippe vidua illa cum privigno, ex vitrici uxore nato & sic filii loco constituto, una caro fuit; sicut *

- igitur privignus novercam ducere non potest, ita nec vitricus privigni sui relictam viduam. Et * sic in Consistoriis Ecclesiasticis pronunciari; testatur Schneidevvin. *ad h. t. d. arbor. affin. n. 14.*
15. Verum aliter * Canonistæ sentiunt, per *c. non debet x. d. consanguin.* secundum genus affinitatis sublatum esse dicentes. Respondetur: * distinguendum esse inter lineam rectam & obliquam sive collateralem: in ista secundum affinitatis genus per *d. c. non debet* sublatum est, non verò in illa: idque reverentiæ & publicæ honestatis ergò.
16. Interdum tamen * dispensari in hujusmodi matrimoniis; dicit Beustius *d. matrim. p. 2. c. 53.* & Kitzel. *in synops. matrim. c. 3. theorem. 12. lit. F.* Quod * rectè improbant D. Mentzerus *d. conjug. p. 82.* & Joh. Gerhard. *d. matrim. n. 354. p. m. 525. tom. 7. loc. Theol.*
17. quippe * in matrimoniis contrahendis publicæ honestatis summa habenda ratio, & omnia scandala vitanda sunt. *1. ad. Thessal. c. 5. v. 2.* D. Tarnovius *d. matrim. c. 71. p. m. 414.*
- 18.
- 19.
- 20.

Controversia XII.

Inter comprivignos licitum est matrimonium.

Summaria.

Controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Pater & filius cum matre & filia matrimonium contrahere possunt: avunculus & nepos cum duabus sororibus: & duo fratres cum duabus sororibus. n. 8.

Antonius Matthæus sentit: comprivignorum matrimonium Sacris literis improbari. n. 9.

Cuius adductis rationibus respondetur. n. 10. 11. 12. 13. 14. & 15.

1. **D**Uorum * conjugum liberos, ex alia uxore & alio marito prognatos matrimonium licitè inire; de jure civili nullum habet dubium. §. *mariti 8. h. t. l. generali 34.* §. *inter privignos 2. ff. d. rit nupt. l. Titia 134. pr. ff. d. V. O.* Ratio * est: quòd inter comprivignos nulla intercedat affinitas, quæ inter maritum & cognatos uxoris vel vice versâ solùm contrahitur. *l. nemo 4. §. sed quoniam 3. ff. d. grad. & affin.* Rationem * rationis aliam dant Theologi, aliam Iec. Theologi ex Sacra Scriptura * hanc adducunt: quòd maritus
- 2.
- 3.
- 4.

ritus & uxor per copulam carnalem una fiant caro, non autem utriusque cognati. Chemnit. *loc. comm. part. 3. p. 566.* Tarnov. *d. conjug. libr. 1. c. 71. p. m. 416.* Jureconfulti verò hanc adferunt & dant rationem: * quòd solus maritus ad cognatorum uxoris fines fecerit accessionem, ac similiter uxor ad cognatos mariti: non autem cognati mariti inter se, & uxoris cognati inter se accessionem ad fines alterius fecerint. *d. l. nemo 4. §. sed quoniam 3. ff. d. grad. & affin.* Consanguinei * igitur mariti cum consanguineis uxoris nullam contrahunt affinitatem: licet * per abusionem affines vocentur & ita se compellent. Unde fit, * ut pater & filius cum matre & filia matrimonium inire possint, avunculus & nepos cum duabus sororibus, item duo fratres cum duabus sororibus: ut expressè decisum est *in c. super his x. d. consanguin. & affin. ibiq.* Dd. communiter & *in d. l. 4. §. 3.* Didac. Covarruv. *in 4. d. spons. 2. p. c. 6. §. 7. n. 6.* Sanchez, *d. matrimon. libr. 7. disp. 67. n. 2.* Gutierrez *d. matrimon. c. 39. n. 8.*

Malè autem * dissentit hinc Antonius Matthæus, *in disput. ad institut. 2. th. 11.* quasi hæc juris Civilis & Canonici decisio sacris literis sit contraria. Nullum * enim in iis locum invenire possumus, ubi comprivignorum matrimonium damnetur. Quamvis * enim Anton. Matthæus *Levit. cap. 18. v. 11.* adducat; tamen locus iste minimè de comprivignis, sed filia ex patre progenita loquitur: quomodo * locum illum interpretantur omnes Hebraicæ linguæ Interpretes: Chaldaus Paraphrastes, Paulus Fagius, Sanctes Pagninus, Vatabulus, Italica Diodati & Gallica interpretatio, ipseque Junius in analytica loci illius explicatione. Et * D. Lutherus *ibidem* hisce verbis: Du solt der Tochter deines Vatters/ die deinem Vatter gebohren ist / vnd deine Schwester ist / Scham nicht entblößen. Urget * quidem Ant. Matth. *d. l.* Tautologiam, quæ committeretur hac interpretatione admittenda. Verùm * absolum non est, in genere aliquid præmitti & deinde illud idem *in seqq.* specialius exprimi & explicari, vel prius per posterius confirmari, quod factum *in d. versic. 9. & 11.* Vid. Bachov. *in not. ad Treutler. p. 2. disput. 6. th. 3. lit. A. p. 259. & seqq.* & *in comment. ad instit. ad d. §. 8. p. 110. & seq.* D. Harpprecht. *ibidem n. 1. & 2.* Kitzel. *in synops. matrim. c. 3. theorem. 12. lit. H.* Wessenbec. *ad d. §. 8.*

Controversia XIII.

Polygamia in Republica Christiana ferenda non est.

Summaria.

Duplex est polygamia, simultanea & successiva. n. 1. 2. & 3.

Simultanea polygamia de jure naturæ secundario prohibita est. n. 4. 5. & 6.

Item de Jure Divino. n. 7. 8. 9. 10. & 11.

Sanctorum Patrum contraria exempla. n. 12.

Quid de iis judicandum sit. n. 13. 14. & 15.

Plurimæ quoque Gentes polygamiam permiserunt. n. 16. 17. 18. 19. & 20.

Christus in N. T. jus divinum primæum testituit & polygamiam prohibuit. n. 21. 22. 23. 24. 25. & 26.

De jure quoque Civili prohibita est polygamia. n. 27.

Hodie Bigamus capitis poenâ plectitur. n. 28.

1. PRæmittendum hîc est: * duplicem esse polygamiam, simul-
2. taneam & successivam. Ista * est, quando priori dissoluto ma-
3. trimonio superstes conjux ad secunda vota transit; illa * verò:
4. ubi quis plures simul & eodem tempore uxores habet. Successiva *
5. prohibita non est; simultanea verò prohibita: tam de jure Natu-
6. ræ, quàm Divino & Civili. Non * quidem de naturæ jure homi-
7. nibus cum brutis communi, sed hominibus proprio: quod cor-
8. dibus eorum inscriptum: secundum quod polygamia irrita est &
9. nulla. Cuilibet * enim homini innatum: fœdam esse cum plu-
10. ribus conjunctionem & commixtionem: quam etiam mutua ani-
11. morum conjunctio & unio non patitur. De * jure Divino pro-
- hibitam esse polygamiam; patescit ex Genes. c. 2. v. 22. & seqq. ubi
- ait Moses: *quamobrem relinquet homo patrem suum & matrem, &*
- adhaerebit uxori suæ. Et erunt duo in carne una.* Si * igitur duo
- erunt in carne una; certè tres, quatuor, vel quinque in carne
- una esse non possunt. Et * quot Deus ab initio conjunxit; tot
- solum matrimonio copulari fas erit. Per conjugium etiam * my-
- stica Christi Salvatoris nostri cum Ecclesia conjunctio præfigura-
- tur. Quemadmodum * igitur Christus tanquam sponsus unam
- habet Ecclesiam; ita etiam conjugium duorum esse debet indivi-
- duorum, indissolubili nexu colligatorum.

Non

Non obstant * sanctorum Patrum exempla, qui in Veteri Testamento plures simul uxores habuisse leguntur: ut Abraham, qui uxores habuit Saram & Agar: *Genes. cap. 16.* Jacob Liam & Ra-chaëlem, Balaam, & Zelpham: *Genes. c. 29. & 30.* Helcana Annam & Phenennam: *1. Reg. c. 1. v. 2.* Moses Mariam & Æthiopissam. *Num. c. 12. v. 1. & 2.* Etenim * Sanctis hisce Viris permessa fuit polygamia à Deo ex speciali ejus dispensatione, non quidem expressa in Sacris Literis, sed per inspirationem internam iis facta. Quod * inde dijudicari haud difficile: quod Patriarchis in Sacris Literis nullibi improbata legitur polygamia: cum tamen Deus sæpè cum iis locutus fuerit. Ideò * verò Deum permisisse Patribus, & toti Israëlítico populo polygamiam verisimile est; ut per Sanctos illos Viros populus Dei multiplicaretur & benedicto Abraham facta adimpleretur, neque necessum esset: fœminas Israëlíticas cum extraneis & infidelibus commisceri.

Plurimas etiam * Gentes permisisse polygamiam, post Andream Tyraquellum Alexandr. ab Alexandr. tradit Jacobus Menochius. *d. arbitrar. judic. quæst. libr. 2. cent. 5. c. 240. n. 72.* Ita * etiam Valentinianus Senior, Imperator Romanus legem tulisse scribitur: ut cuilibet plures uxores ducere liceret. *Socrat. histor. libr. 4. c. 31.* Et * C. Julium Cæsarem eandem dedisse legem; videre est apud Suetonium; *in Cæsar.* quæ tamen lex à Romanis nunquam recepta fuit. Ante Cecropem * Athenis nullæ celebrabantur nuptiæ; sed viri fœminis naturæ jus secuti passim miscebantur. Primus Cecrops Athenis unam uni conjunxit. Postea * tamen ob raritatem hominum ab Atheniensibus Decretum factum: ut cuilibet duas uxores habere liceret. Ita Socrates duas simul uxores habuisse, Xantippem & Mirtonem, Aristidis alicujus filiam neque id ei à Comicis ejus reprehensoribus vitio versum; scribit Athenæus *libr. 13. c. 1.* Petr. Faber. *semestr. libr. 2. cap. 1. pag. m. 2. & 3.*

Verùm in * Novo Testamento Christus Salvator noster licentiam hanc sustulit jusque Divinum primævum restituit: ita ut hodie unam solùm eodem tempore habere liceat uxorem. Quod * per expressum præcepit Christus, *Matth. c. 19. v. 5. & 8.* dicens: *propter hoc dimittet homo patrem & matrem, & adhærebit uxori suæ, & erunt duo in carne una.* Itaq; jam non sunt duo, sed una caro. Idemque dicit

23. Christus Marc. c. 10. v. 4. & seqq. Et * Divus Paulus Apostolus 1. ad Corinth. 7. v. 2. inquit: Propter fornicationem unusquisq³ suam uxorem habeat, & unaquaq³ suum virum habeat. Si * autem plures habere liceret uxores, non uxorem sed uxores dixisset Apostolus. Atq³ vers. 4. subjicit * idem Paulus: Vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier. Itaque * si vir potestatem corporis sui non habet, sed mulier; certè vir corpus suum alii uxori tradere non poterit.
- 24.
- 25.
- 26.
27. De * jure Civili prohibita reperitur polygamia in l. 1. § fin. ff. d. his qui not. infam. l. neminem 2. C. d. incest. & inutil. nupt. l. eum qui 18. C. ad L. jul. d. adult. in quibus legibus is, qui bina sponsalia, vel binas nuptias eodem tempore habuerit, infamiâ notari & stupri pœnâ coërceri jubetur. Quin * hodie ex nova Carolina Constitutione criminali artic. 125. Bigamus adulterii, capitis sc. pœnâ plectitur. Berlich. practicab. conclus. p. 4. c. 18. per tot. Kitzel. in synops. matrim. c. 3. theorem. 1. lit. C. D. F. & G. Paul. Tarnov. d. conjug. libr. 1. c. 27. libr. 2. c. 19. c. 21. c. 22. c. 23. 26. Gerhard. d. conjug. n. 175. n. 205. n. 229. n. 330. & n. 405. Hug. Grot. d. jur. bell. & pac. libr. 2. c. 5. n. 9. Thom. Sanchez. d. matrim. libr. 7. disput. 80. n. 1. & seqq. Gutierrez. d. matrim. c. 109. n. 1. & seqq.
- 28.

Controversia XIV.

Spurij neq³ juris neq³ facti laborant infamiâ.

Summaria.

- Vnde *Spurii* dicantur. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.
 Quid olim denotârit nomen *Spurii* & quid hodie denotet n. 7. & 8.
 Qui vulgò quæsit, vel vulgò concepti dicantur. n. 9. & 10.
 Vnde *Nothus* dicatur, & quid significet. n. 11. & 12.
 Vnde & quis dicatur *Bastardus*. n. 13.
Naturalium nomen in jure nostro æquivocum est. n. 14. 15. 16. & 17.
 De omnibus *Spuriis*, sive naturalibus, sive ex nefario, sive ex incestuoso coitu natis, controversia formanda est. n. 18.
 Duplex est infamia, juris & facti n. 19.
 Quæ sit infamia juris. n. 20.
 Quæ infamia facti. n. 21.
 Duæ hæ infamiæ species differunt inter se, & conveniunt. n. 22. & 23.
 Controversia de utraque infamiæ specie formanda est. n. 24.
 Spurii nulla laborant infamiâ. n. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. & 37.

De consuetudine spurii ad Doctoratus gradum admittuntur. n. 38.

In Gallia Bastardi ex Generis usu nobilitatem retinent. n. 39.

Obiectio. n. 40.

Ejus solutio. n. 41. & 42.

Altera obiectio. n. 43.

Responsio. n. 44. & 45.

Quamvis spurii nullâ laborent infamiâ; tamen aliquid maculæ iis inhæret; non turpitudini, sed naturæ inclementiæ adscribendum. n. 46. & 47.

In quibusdam Germaniæ Academiis Doctoratus Dignitas spuriiis non confertur. n. 48.

Nec Bononiæ in Doctornm Collegium assumuntur. n. 49.

De jure Camerali spurii, etiam per subsequens matrimonium legitimati, ad Adfessoratus dignitatem in Camera non admittuntur. n. 50.

Consuetudo, à dignitatibus excludens spurios, probari debet. n. 51.

Spurius * dicitur ἀπὸ τῆς ἀγορᾶς, veluti tradit Justinianus Imperator in §. si adversus 12. h. t. & Modestinus l. c. in l. vulgò concepti 23. ff. d. stat. homin. quod * vocabulum significat & partem matris pudendam & sationem: sicut ἀγορᾶς sationem & locum, in quo feritur aliquid, denotat. Christian. Becman: d. origin. latin. ling. verbo Nothus. Dicuntur & spurii * ἀπαλόγες, quasi sine patri nati: d. §. 12. quod * ab antiquis notis SP. acceptum est, quibus spurii significabantur: ut testatur Plutarchus in Roman. problem. c. 103. Putat * tamen Plutarchus notis hisce SP. non interpunctis spurios denotatos fuisse; interpunctis verò S. P. vulgò quæsitos. Pariter * ut populus Romanus & Prætor Romanus iisdem notis scribantur: ille quidem interpunctis, hic verò non interpunctis.

Olim * Spuri nomen generale erat, denotans eum qui ex scortatione, stupro, adulterio & incestu ac nefario coitu natus erat. Hodie * verò is dicitur, qui ex vulgivaga venere conceptus & natus est.

Vulgò quæsitus * vel vulgò conceptus sunt, qui patrem quidem demonstrare possunt, sed tamen eum, quem habere non licet. Itaque * omnes vulgò quæsitus sive concepti spurii sunt; sed non omnes spurii vulgò quæsitus. d. l. vulgò concepti 23. ff. d. stat. homin. & d. §. 12. h. t.

Nothus * dicitur à Græco vocabulo νόθος, per ἀνιφρασι quasi ignoto patre natus. Quod * vocabulum generale est, comprehendens & eum, quem naturalem dicimus, scilicet ex concubina natum.

Bastardus

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13. Bastardus * à Germanico vocabulo *Bösbart* denominatur: * quo ex communi loquendi usu omnes non legitimè nati appellari solent.
14. Naturalium * nomen in jure nostro est æquivocum: interdum enim eos denotat, qui in servitute & contubernio sunt nati, sive ex patre servo & ancilla, sive ex patre servo & matre libera. *l. fin. ff. d. his qui sui vel alien. jur. l. Lucius 88. §. Dama: 12. ff. d. legat. 2. l. libertinum 4. C. d. interdict. matrim. &c.* Interdum * verò eos significat: qui sanguine & naturâ sunt liberi, qui adoptivis opponuntur. *l. si pater 29. & l. non potest 31. ff. d. adopt. l. impuberem 2. & l. mulierem 5. C. d. t.* Usitatissimâ * autem naturalium liberorum significatione denotantur illi, qui ex cive Romano & concubina sunt nati: cujus * significationis vestigia apud veteres Icc. nulla occurrunt, sed demum sub Constantini Imperatoris imperio liberi hujusmodi naturales cogniti fuerunt: ut disertè tradit Justinianus Imperator, in *Novell. 89. in pr. de quibus in t. t. C. d. natural. liber. agitur.*
18. De * omnibus hisce sive spuris, sive naturalibus ex concubinato, sive ex nefario & incestuoso coitu natis controvertitur, an infamiæ notâ laborent. Sciendum autem est: * infamiam duplicem esse, aliam juris, aliam facti. Illa * est, quam lex vel sententia ex turpi causa nocenti irrogat; *Wesenbec. in w. ff. d. his qui not. infam. n. 2.* hæc * verò est: quæ opinionem alicujus apud bonos & honestos viros gravat. *Treutl. p. 1. disput. 8. th. fin. lit. A.* Duæ * hæc infamiæ species, licet effectibus differant inter se; tamen præter alios effectus in hoc conveniunt: quòd utrâque notatus pro turpi persona habeatur & à dignitatibus excludatur. *l. 2. C. d. dignit.* Hinc
23. * facti infamiâ notatus hæres institutus à fratribus præteritis per inofficiosi querelam, quasi turpi personâ institutâ, repelli potest: *l. fratres 27 in verb. levis macula C. d. inoffic. testam.* ut tradit Glossa, Bartol. & Dd.. in *l. 1. verbo notatur ff. d. his qui infam. not.* *Wesenbec. in w. d. t. n. 2.*
24. Quando igitur quæritur, an spurii infamiâ sint notati, * quæstio non solum de juris, sed & facti infamia formanda est.
25. Quòd verò * neque juris neque facti infamiâ laborent spurii, ex illicito coitu nati, exinde probatur: quòd infamibus dignitatum portæ præclusæ dicantur; in *l. neque famosis 2. C. d. dignit.* spurii * autem ad Decurionatus dignitatem evehi queant. *l. generaliter 3. §. spurios*

§. spurios & l. spurii 6. pr. ff. d. Decurion. Idque * ob elegantem hanc, 27.
 quæ in *d. l. 9.* subicitur, rationem : quod dignitas ejus impedienda
 non sit, qui nihil admisit. Et * quod nec plebeji Decurionum 28.
 honoribus fungi possint; traditur in *l. honores 7. §. is qui 2. ff. d. t.*
 quando minus infames, etiam facti infamiâ ad dictos honores ad-
 mittentur.

Crimen * etiam vel pœna paterna filio nullam maculam in- 29.
 fligere potest. *l. crimen 26. ff. d. pœn.* Atquin * ex fornicatione, 30.
 vel adulterio nasci non filii, sed parentis culpa est. *c. nasci 56. distinct.*
 Unde * in *c. undecunq. 3. distinct. 56.* inquit D. Augustinus : unde- 31.
 cunque homines nascantur, si parentum vitia non sectentur &
 Deum rectè colant; honestos & salvos fore: semen enim hominis
 ex quocunque homine Dei creaturam esse. Et * in *c. nasci 5. d. dist.* 32.
56. dicit D. Hieronymus : nasci de adulterio non ejus culpam esse,
 qui nascitur; sed illius qui generat. Sed * & in *c. nunquam 3.* 33.
d. dist. scribit idem Hieronymus : nunquam de vitiis parentum e-
 rubescendum esse, sed unum illud (virtutem scil.) quærendum &
 amplectendum. Et * porro ait ibi : si fornicator ad meliora con- 34.
 versus priori vitâ nequaquam commaculatur; multò magis ex me-
 retrice natus & adultera, si propriâ virtute decoretur, parentum
 suorum non dedecoretur opprobriis. In * *c. satis perversum d. dist.* 35.
56. dicit quoque D. Gregorius : satis perversum esse & contrà Ec-
 clesiasticam censuram, ut pro parentum quorundam voluptati-
 bus quis privetur, quem propria culpa vel facinus ab officio, quo
 fungitur, non dejicit. Atque * in *t. seq. 8.* ait D. Hieronymus : 36.
 quod Dominus noster Jesus Christus voluerit non solum de alieni-
 genis, sed etiam de adulterinis commixtionibus nasci, nobis ma-
 gnam fiduciam præstans, ut, qualicunque modo nascamur, dum
 tamen ejus vestigia imitemur, ab ipsius corpore non separemur,
 cujus per fidem membra effecti sumus. Denique * in Sacris 37.
 literis scriptum extat : filiam iniquitatem parentum portare non
 debere. *Ezech. cap. 18. v. 20.* Hinc de * consuetudine ad gradum 38.
 Doctoratus admitti spurios; testatur Gabriel Palæotus, in *tract.*
d. spur. cap. 56. n. 8. & Aym. Cavett. *consil. 606. n. 14. & seq.* Et * quod 39.
 in Gallia ex usu generis nobilitatem retineant Bastardi; scribit
 Guido Papæ *q. 588. Boër. q. 127. in fin.*

Non * adversatur sententiæ nostræ : quod si competitorem 40.
 legitimum

- legitimum habeat spurius in Decurionatus honore & munere consequendo, ille huic præferatur *d. l. generaliter 3. §. 2. ff. d. Decur. l. honor. 14. §. de honoribus 3. ff. d. muner. & honor.* Hoc enim
41. * non ideo fit, quasi infamiae maculâ laboret spurius; sed quòd
42. dignior sit & honestior legitimus spurio. Sic * in dignitatibus consequendis nobilis ignobili, graduatus non graduato præfertur; non ideo tamen sequitur infamem esse ignobilem, vel non graduatum.
43. Non * adversatur etiam: *Deut. c. 23. v. 3.* ubi dicitur: non ingredietur de scorto natus in Ecclesiam Domini, usque ad decimanam generationem, scilicet ad fungendum officio sacro. Respondetur enim:
44. * non ea de causa prohiberi ibi spurios, in Ecclesiam Dei ingredi, quasi infames sint; sed ut eò magis à scortationibus deterreantur homines. Deinde respondetur: *
45. legem hanc moralem non esse; siue igitur ceremonialis sit, siue forensis, Christianos non ligat: quippe hæc sublata Judæorum Republicâ & adventu Christi sublatae sunt.
46. Verùm tamen * licet verissima hæc sint, quòd nullâ infamiam laborent spurii; tamen aliquid maculae inhærere iis, non quidem infamiae aut turpitudini, sed naturæ potius inclementiae adscribendum; dicit Palæotus *d. spur. cap. 55. n. 15.* Unde Reinhardus
47. Bachovius * in *not. ad. Treutl. p. 1. disput. 8. th. §. lit. E.* ait: si in naturalibus etiam post legitimationem autore Baldo cicatrix quædam superest, quid in spuriis nisi hiulcum vulnus statuamus?
48. Quare * in quibusdam Academiis, ut in Illustri hac Tubingensi Academia, Heidelbergensi, Basiliensi, Helmstädiensi & aliis Doctoralis dignitas spuriis non confertur.
49. Nec * Bononiæ in Doctorum collegium de veteri consuetudine admitti spurios, adeò quidem ut nec ipse Jason peritissimus
50. J.C. admissus fuerit; testatur Palæotus *c. 56. n. 10. & 11.* Sed nec de * jure Camerali spurii, etiam per subsequens matrimonium legitimatedi, ad Adessoratus dignitatem admittuntur. *Ordinat. Cam. p. 1. tit. 3. §.* Desgleichen sollen die Benfiger alle eines Erborn Wesens und Handels/ auch rechter natürlicher Geburt seyn. *Mynsing. cent. 4. obs. 31. D. Harpprecht. ad §. fin. h. t. n. 31. & seqq. tom. 1. Hartman. Pistor. libr. 1. q. 30. n. 37 & seq. Bronch. miscellan. 1. assert. 22. Befold. ex libr. 3. pandect. delibet 34. Treutler. d. p. 1. disp. 13. th. 4. lit. B. & p. 2. disp. 16. lit. E. ibiq. Bachov.*
- Verùm

Verùm * cùm de jure Civili & communi certum sit & inhabitatum, spuriis vitæ honestate commendatos ad dignitates admitti; idcirco contraria consuetudo quæ facti probanda esset, per tradita in *controv. 1. n. 1. & seqq. libr. 1. tit. 2.*

Controversia XV.

*In legitimatione per subsequens matrimonium
dotalia instrumenta intervenire debent.*

Summaria.

Triplex est in jure legitimandi modus. n. 1. 2. 3. & 4.

Sententia nostra probatur. n. 5. 6. 7. & 8.

Quam Dd. communius sequuntur. n. 9.

Objectio ex l. si donatum 22. C. d. nupt. n. 10.

Eius solutio. n. 11. & 12.

Diversum de jure Canonico & hodierno usu obtinet. n. 13. & 14.

Pramittendum * hîc est: triplicem esse in jure nostro legitimandi modum. Primus est, * ubi quis per subsequens matrimonium legitimatur. c. tanta x. qui fil. sint legit. Secundus * modus est, si per Principis Rescriptum legitimatio procedat. Nov. 89. c. 9. Tertius * est: quando quis per Curia oblationem legitimus efficitur. §. fin. h. t. ibiq. Vultej. & D. Harpprecht. De * prima legitimatione controvertitur hîc: an in ea dotalia instrumenta intervenire debeant, ita ut iis non intervenientibus, liberi ante legitimationem nati legitimi nihilominus fiant. Ubi * negativa placet sententia. Nam omnes leges de hac legitimatione agentes dotalium Instrumentorum mentionem faciunt expressè, & quidem ubiq; per duos ablativos, absolutè positos: d. §. fin. h. t. §. 2. instit. d. heredit. quæ ab intest. defer. l. jubemus 6. l. cùm quis 10. l. nuper 11. C. d. natur. liber. Novell. 12. c. 4. Novell. 18. c. 11. Nov. 74 pr. & Nov. 89. c. 8. & 11. quos * conditionem importare; notatur ex l. à. testatore 109. ff. d. condit. & demonstrat. Lex * igitur aliâ nullâ contenta est probatione, quàm eâ, quæ fit per dotalia instrumenta; licet dos non intervenerit: d. Nov. 74. c. 4. ubi Justinianus Imperator (ne falsatis contractibus repleatur Respublica) fidem in testibus suspectam habet.

Quæ est * communior Dd. sententia, à qua pauci recesserunt, attestante Bachovio *ad d. §. fin. h. t.* ubi contrariam sententiam suam *in not. ad Treutler. p. 1. disput. 2. th. 6. lit. F.* defensionem revocat, dicens: argumenta à se ibi proposita inepta esse & ideò eorum se pœnitere & pudere.

10. Objicitur autem vulgò * *l. si donationum 22. C. d. nupt.* ubi rescribitur: etsi donationum ante nuptias vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur; nihilominus tamen matrimonium rectè aliàs initum firmitatem habere, vel ex eo natos liberos jura legitimorum habere. Respondetur: * ipsum quidem matrimonium subsistere absque dotalibus instrumentis; non tamen legitimari liberos antè natos, nisi dotalibus instrumentis confectis: siquidem * ad eos legitimandos leges pro forma, solennitate & essentia dotalia exigunt instrumenta.

11. Verùm de * jure Canonico aliud obtinet, secundùm quod
12. ad hanc legitimationem dotalia instrumenta necessaria non sunt,
13. ut probatur *ex d. c. tanta x. qui filii sint legit.* Atque ita * usu ob-
14. servari; testantur Baldus *in auth. licet C. d. nat. lib.* Angel. *ad §. h. fin. n. 7.* Cujac. 13. observ. 13. Canonist. *in d. c. tanta.* Vultej. *jurispr. Roman. libr. 1. c. 23. n. 4.* Decian. *respons. 5. n. 59. vol. 1.* Borch. & Anton. Matth. *ad d. §. fin. ibidemq.* D. Harpprecht. n. 5. tom. 1. Timæ. Faber *disput. 6. th. 1.* Andr. Fachin. 3. *controv. 51.* Wesenbec. *consil. 44. n. 44.* & *ad d. §. fin. n. 3.* Mantic. *consil. 12. libr. 11.* Andr. Gerhard. *decad. 2. q. 9.* Arumæ. *Exercit. 2. th. 16.*

Controversia XVI.

Legitimatio per subsequens matrimonium in articulo mortis fieri potest.

Summaria.

Sententiæ hujus probatio. n. 1. 2. 3. & 4.
Obiectio ex c. quod sedem x. d. frigid. & maleficiat. n. 5.
Responsio. n. 6. 7. 8. 9. & 10.
Sententiæ hujus limitatio. n. 11. & 12.
Quæ communis est & practica, n. 13. & 14.

IN * articulo mortis celebrari posse legitimationem per subsequens matrimonium; probatur ex *l. nuptias 30. ff. d. R. I.* ubi dicitur: nuptias non concubitum sed consensum facere. Et * ex *l. hoc genus 106. ff. d. condit. & demonstrat.* ex qua colligitur: ad extremum usque vitæ spiritum contrahi posse matrimonium. Atq; * ex *l. sanimus 27. C. d. nupt.* ubi à sexagenario contrahi possunt nuptiæ, licet antè Lege Papiâ prohibitæ fuerint.

Verissima * sententiæ hujus ratio favor est legitimationis, honor & potentia matrimonii: tanta enim matrimonii vis est & autoritas, ut omnia præcedentia vitia purget tollatque: *c. tanta 6. x. qui fil. sint. legit. ibiq.* Gloss. & Panormit.

Verum * objicitur *c. quod sedem 2. x. d. frigid' & maleficiat.* ubi traditur: quòd sicut puer, qui debitum reddere non potest, conjugio aptus non est; sic qui impotentes sunt, minimè apti ad matrimonium contrahendum reputentur. Respondemus: * valere matrimonium cum intentione non coeundi modò utriusque conjugis consensus adsit: cujusmodi matrimonium inter B. Virginem Mariam & Josephum fuit. *c. sufficiat 2. & c. beata Maria seq. 3. caus. 27. q. 2.* Nam * consensus cohabitandi & individua vitæ consuetudinem retinendi interveniens conjuges facit, veluti dicitur in *d. c. beata Maria.* Deinde * respondemus: quòd hîc spes reconvallescentiæ subesse possit: experientia namque testatum facit, multos morti fuisse proximos, qui tamen pristinae sanitati fuerint restituti & multos annos vitæ suæ egerint prolemq; susceperint. Quid * an ob sterilitatem nullū est matrimonium? minimè gentium: nam & hoc casu possibile est, sobolem ex Divina benedictione suscipi: cujus exempla nobis Sacrae literæ de Sara Abrahami uxore, & Maria supeditant. Insuper * satis subest spei sobolis tollendæ in nostro casu: cū matrimonio contracto soboles legitima efficiatur. *l. nuper 11. ibi: spem sobolis tollendæ. C. d. natur. liber.*

Limitanda * autem est sententia nostra, ut non procedat, si fraudis subesset præsumptio & legitimatio per subsequens matrimonium facta esset ad excludendos illos, qui jus quæsitum habent: ut substituti sub conditione, si gravatus sine liberis decesserit. Item Donatarii in casu *l. si unquam 8. C. d. revocand. donat. 2.* Limitanda * est hæc sententia: ut non intelligatur ipse articulus mortis, quòd ita nullus esse possit consensus; sed sub quadam latitudine: si sc.

contractum fuerit matrimonium ab homine valdè ægroto & ferè de sanitate desperante. Bachov. in not. ad Treutler. p. 2. disput. 16. th. 2. lit. A.

13.

Et hæc est * communis Doctorum sententia: ut testantur Andr. Tyraquell. in d. l. si unquam 8. C. d. rev. donat. Alexand. d. Imol. in l. si quis ff. d. liber. & posth. Joh. Andr. in d. c. tanta x. qui fil. sint legit. Covarr. d. sponsal. p. 2. §. 2. c. 8. n. 2. Tessaure. decis. 83. D. Harppr. ad §. fin. h. t. n. 19. & seqq. tom. 1. Schneidevv. ad tit. instit. d. patr. potest. n. 23. Treutl. d. l. Johan. Althus. in Dicaologic. libr. 1. c. 80. n. 25. Hackelman disput. 1. th. 22. lit. B. Et * secundum eam in Camera Imperiali pronunciari; refert Geilius 2. observat. 141. n. 8.

14.

De

ADOPTIONIBUS.

TITUL. XI.

Controversia I.

*Filius familiæ extraneæ personæ in adoptionem
datus manet in potestate patris naturalis.*

Summaria.

Iure antiquo filius familiæ in adoptionem datus in potestatem patris adoptantis indistinctè transibat: hodie distinguitur inter personam adoptantem non extraneam & extraneam. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.

Obiectio. n. 13.

Solutio. n. 14. 15. & 16.

Secunda obiectio, ex l. cum in adoptio pen. §. 1. C. h. t. & §. ea omnia 14. instit. d. hæredes. qua ab intest. defer. n. 17.

Solutio. n. 18. & 19.

Tertia obiectio. n. 20.

Solutio. n. 21. 22. 23. 24. 25. & 26.

1.

2.

JUre * antiquo filius familiæ in patris adoptivi potestatem indistinctè transibat: quod deinde * Justinianus Imperator, videns sæpè defraudari filios adoptivos & patris naturalis & adoptivi hæreditate, correxit, ita ut si à persona extraneæ adoptetur filius familiæ

liâs, in potestatem patris adoptantis non transeat; à persona verò non extranea si adoptetur, ut avo materno, proavo &c. in potestatem ejus transeat, sicut hoc videre est ex §. *sed hodie* 2. *h. t.* ubi dicitur: si filiusfamiliâs à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem detur; jura patris naturalis minimè dissolvi, nec in potestate ejus esse, nisi quòd jura successionis ab intestato ei tributa sint. Quin * pater adoptivus extraneus nihil tenetur adoptivo filio in testamento suo relinquere: *l. cum in adoptivo* 10 §. 1. *C. h. t.* quod certè illi liberum non esset, si adoptivus filius in potestate ejus esset. Quod * etiam omnia patriæ potestatis jura & effectus maneat penes patrem naturalem, præter allegatos textus haud difficulter colligitur ex *l. fin. C. d. offic. testam. l. constitutionis* 2. *C. d. bon. quæ liber. l. si viva* 3. *C. d. bon. matern. l. adoptare* 37. §. 1. *ff. b. t. junct. §. in plurimis* 8 *h. t.* Exinde * tale extruimus argumentum: Ubicunq; cessant effectus patriæ potestatis; ibi & cessat ipsa patria potestas. Atquin in patre adoptivo extraneo cessant effectus patriæ potestatis. Ergò cessat quoque ipsa patria potestas. Major * propositio probatur: quòd secundum vulgarem Logicorum canonem cessante effectu cesset ipsa causa, & vice versâ cessante causâ cesset ipse effectus. Minor * suprà probata fuit. Econtrà * vicissim argumètamur: Ubicunq; sunt effectus patriæ potestatis, ibi est ipsa patria potestas. Atquin penes patrem naturalem sunt effectus patriæ potestatis. Ergò & ipsa patria potestas. Major * propositio & Minor ulteriori probatione non indigêt: contrariorum enim eadè est ratio. Præmissis hoc prosyllogismo jam specialem talem facimus syllogismum: * Si patria potestas in filium extraneæ personæ in adoptionem datum est penes patrem naturalem; sequitur, quòd non sit penes patrem adoptivum. Atquin * ubi filius in adoptionem extraneæ personæ datur, patria potestas est penes patrem naturalem. Ergò non est penes patrem adoptivum. Consequentia * ratio certa est & inevitabilis: quòd eadem potestas, quæ hîc patria est, duobus competere non possit, non magis ut quis duos patres naturaliter habere non potest. Minor propositio suprà probata fuit.

Non obstat: * quòd patri adoptivo ab intestato succedat filius adoptivus. Respondetur enim: * non fieri hoc ratione potestatis, sed ratione durantis adoptionis. Si * namque potestatis ratione id fieret; certè adoptivus filius à patre adoptivo necessa-
riò

3.

4.

5.

6.

7. 8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16. rido hæres instituendus esset. Atquin * adoptivus pater extraneus filio suo adoptivo nihil in testamento suo relinquere potest. *d. l. cum in adoptivo 10. C. h. t.*
17. Non * adversatur quoque *d. l. 10. ibi: quasi non fuisset in alienam familiam translatus: sicut nec §. sed ea omnia 14. Instit. d. hereditat. qua ab intestat. defer. ibi: atq; si in potestate patris naturalis mansisset.* Etenim * verba *d. l. 10.* ita sunt intelligenda, ac si dixisset Justinianus Imperator: *ac si filius in adoptionem datus non fuisset.* Hoc enim * certum est: non transire filium adoptivum in familiam patris adoptivi extranei, *d. §. 2. h. t.* nisi quis domum ejus si-
 20. ve habitationem pro familia accipere velit. Proinde * objectorum verborum ex *d. §. 14.* alius sensus non est, quam si dixisset Justinianus: *ac si adoptivus filius in domo patris naturalis vel in ejusdem potestate plenè mansisset.* Hoc * enim verum: migare adoptatum è domo patris naturalis in habitationem patris adoptantis. Quomodo * etiam contingere posset, ut non æquè plenè potestatem suam exserere & exercere potis esset pater naturalis, ac si in domo ejus filius adoptatus permansisset. Unde * inspecto adoptionis facto, effectus ejus ex jure antiquo specietenus obtinere videtur, qui tamen reverà non adest.
24. Alia * igitur & diversa est potestas, quam pater adoptivus extraneus habet ab illa patria potestate, quam pater naturalis retinet: hæc enim est cum effectu juris, illa verò sine effectu juris.
25. Sicut naturalis * possessio alia est cum effectu juris, pro qua scil. remedia juris possessoria competunt, alia verò est sine effectu juris, pro qua illa possessoria juris remedia non competunt, quæ
 26. nuda detentio dicitur. *l. officium 9. ff. d. R. V.* Itaque * rectè allerit Bachovius: *ad §. 2. h. t.* quòd adoptio ab extraneo facta hodie magis sit nominalis quàm realis: ubi & mirari se dicit judicium an stupiditatem eorum, qui hodieq; putant: post constitutionem Justiniani in *d. l. 10. C. h. t.* adoptatum ab extraneo in potestatem ejus & familiam transire, in quam sententiam abutantur illi verbis Justiniani Imperatoris; in *d. l. 10. & §. 14.* potiore enim ait esse habendam rerum rationem, quàm verborum. *Vid. & Bachov. in not. ad Trentl. p. 1. disput. 2. th. 10. lit. A. Marc. Lyclam 1. membr. 25. Timæ. Fab. disput. 6. th. 5. Cluten. diatrib. disput. 13. th. 4. D. Harppr. ad §. 2. n. 3. h. t. tom. 1. Jacob. Cramer. ad inst. discept. 4. th. 18. Ungepaur. Exercit. 3. q. 9.*

Controversia II.

Quarta ex constitutione Divi Pii impuberi arrogato & sine justa causa emancipato debita est omnium arrogatoris bonorum, non portionis debita.

Summaria.

Quid sit adoptio. n. 1.

Adoptio nomen generis est & speciei. n. 2. & 3.

Quid sit adoptio in specie dicta. n. 4.

Quid sit arrogatio. n. 5.

Vnde dicatur. n. 6.

Quomodo fieri debeat arrogatio n. 7.

Opinio nostra stabilitur. n. 8. 9. & 10.

Oppositio. n. 11.

Ejus confutatio. n. 12.

Adoptio * est in locum filii assumptio. Quod nomen generis est & speciei : * Generaliter id arrogationem quoque continet; * specialiter verò ab ea contradistincta est. Adoptio * in specie accepta est, ubi is adoptatur qui sui juris non est, sed in potestate patris naturalis constitutus. Arrogatio * verò est, ubi arrogandus in nulla potestate patria constitutus, sed sui juris est. l. 1. §. 1. & l. seq. ff. h. t.

Arrogatio * exinde dicitur: quod is qui arrogat rogatur à Magistratu, an velit sibi justum filium esse; & qui arrogatur, rogatur, an id fieri patiatur. l. 2. §. 1. ff. h. t. Quoniam verò res magni momenti est arrogatio, quippe & familiam & patriam potestatem tribuit; * ideoq; populi & hodie Principis autoritate fieri ea debet, & quidem causâ cognitâ, certis sub conditionibus: exquirenda enim causa arrogationis, an honesta sit & expediat pupillo, & deinde ut caveat arrogans personæ publicæ, si intra pubertatem decesserit pupillus, restitutum se bona illis, qui si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent. Nec emancipare etiam potest arrogator arrogatum, nisi causâ cognitâ dignus fuerit emancipatione, & tunc ei bona allata reddat. Sed & si decedens pa-

1.

2.

3. 4.

5.

6.

7.

ter eum exhæredaverit, vel vivus sine justa causa emancipaverit; & quartam partem bonorum suorum relinquere debet, præter bona, quæ ad patrem arrogatorem attulit, & quorum postea commodum adquisivit: quod ita traditur in §. *cum autem* 3. h. t. & l. 2. C. eod. tit.

8. Ubi cōtrovertitur inter Interpretes nostros, An quarta hæc arrogato & sine justa causa emancipato debita sit omnium arrogatoris bonorum, an verò portionis ab intestato debitæ? Nos * illorum adstipulamur sententiæ, qui quartam hanc omnium arrogatoris bonorum esse sentiunt: quæ * probatur ex l. *si arrogator* 22. pr. ff. h. t. & d. l. *impuberem* 2. C. eod. tit. ubi quarta hæc bonorum testatoris dicitur, & quidem quæ mortis tempore habuit. l. *fin.* ff. *si quid in fraud. patron.* d. §. 3. h. t. Nec ullibi * portionis debitæ vocatur; cū tamē quarta, filiis naturalibus & legitimis relinquenda, portionis debitæ passim appellitetur. l. *Papinianus* 8. §. *quonia* 8. ibi: *quarta debita portionis sufficit ad excludendam querelam* ff. d. *inoffic. testam.* l. *parentibus* 8. pr. ibi: *partis quæ intestato defuncto potuit ad eum pertinere, quartam ex iudicio parentis obtineat.* C. eod. tit. §. *sed hæc* 3. instit. d. t. ibi: *id quod ei deest usq; ad quartam legitimæ partis repleatur.*

11. Neque stringit * argumentum, à quarta hac liberorum naturalium ad quartam filiis arrogatis relinquendam, ductum. Hætenus enim * melioris conditionis esse debent impuberes arrogati naturalibus liberis: illi enim cū omnibus bonis suis & fortunis in potestatem patris arrogantis transeunt, qui durante adoptione emolumenta bonorum percipit. Vaud. 1. *varior.* q. 29. Donnell. 2. *comment.* 23. Timæ. Faber *disput.* 6. th. 7. D. Harpprecht. ad §. 3. h. t. n. 9. & seqq. Govean. 1. *varior.* 3. Arumæ *Exercitat.* 2. th. f. 19.

Controversia III.

Unio prolium patriam potestatem haud tribuit.

Summaria.

Unio prolium ad instar adoptionis in Germania passim recepta est & in Camera Imperiali confirmata. n. 1.

Quid

Quid sit unio prolium. n. 2.

Pacta de futura successione legibus improbantur. n. 3.

Quod fallit in unione prolium. n. 4.

Quomodo fieri debeat unio prolium. n. 5.

Unio prolium in statutis quoque Würtembergicis recepta est & comprobata n. 6.

Unio prolium patriam potestatem non confert. n. 7. 8. 9. 10. & 11.

Limitatio n. 12.

Bachovius putat plus tribuendum esse unioni, quam adoptioni à Iustiniæ reformatæ. n. 13.

Liberi uniti ex maxima ingratitude causa in bonis quæsitis exheredari non possunt. n. 14.

Quod potestati haud tribuendum videtur. n. 15.

Unio prolium patriam potestatem de jure civili introductam non confert; sed talem potestatem, quæ media sit inter patriam potestatem & tutelarem. n. 16. 17. 18. 19. 20. 21. & 22.

AD similitudinem * adoptionis in Germania consuetudine passim recepta est & in Camera Imperiali confirmata Unio prolio, die *Einkindschaft*; quæ est * pactum, quo duorum diversorum matrimoniorum liberi eorumque bona uniuntur, ita ut post mortem parentum liberi æqualiter succedere debeant. Quamvis autem * pacta de futura successione legibus alias improbantur; *l. licet 19. & l. fin. C. d. pact.* eò quòd votum mortis captandæ inducant; *d. l. fin. c. non est obligatorium d. R. I. in. 6.* quoniam tamen * præsentibus tutoribus, vel curatoribus & consanguineis in præsentia judicis fieri debet unio hæc; ideoque omnem doli præsumptionem excludit *text. in l. transactionem 35. C. d. transact.* Andr. Geil. 2 *observ. 125. n. 1. & seqq.*

Aliter enim * fieri non potest hæc unio, nisi præsentibus tutoribus, vel curatoribus & proximioribus cognatis aliisque quorum interest, coram Magistratu loci cum singulari causæ cognitione & Decreto Magistratus: num expediat liberis, eos cum bonis suis taliter uniri, & num tali unione non potius defraudentur. Quæ unio * sub hisce conditionibus in statutis quoque Würtembergicis recepta & comprobata est. *Sürstl. Würtembergisch Landrecht. p. 3. t. 9. von Einkindschaften. p. 57.*

An unio hæc sive parificatio prolium tribuat patriam potestatem, controversum est: ubi nos * negativam amplectimur sententiam Duo * enim in jure nostro sunt traditi modi, quibus adquiritur patria potestas. Videlicet matrimonium: *pr. instit. d. patr.*

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9. *potest. l. 1. ff. d. rit. nupt. & adoptio pr. instit. h. t.* Atquin * ad neutrum horum modorum referri potest unio prolium: præsupponitur enim patrem unientem respectu privignorum extraneum esse.
10. Sicut * igitur adoptio ab extraneo facta patriam potestatem non
11. tribuit; ita nec unio prolium. Durum * etiam esset liberum caput alienæ subijci potestati, quod de jure prohibitum, nisi certis & à legibus expressis modis.
12. Advertendum tamen hic erit, * quid in statutis locorum dispositum sit & consuetudine cujusque loci receptum, quæ si tribuant patriam potestatem; ea certè parentibus unientibus adimenda non erit. Et * plus huic unioni tribuendum esse, quàm adoptioni à Justiniano Imperatore reformatæ; putat Reinhardus Bachovius *in not. ad Treutl. p. 1. disput. 2. th. 11. lit. E.* ubi ait: unionem hanc ad instar veteris adoptionis redactam videri, quò ad effectum præcipuè succedendi in bona parentum unientium; ita ut ab istis liberi uniti testamento preteriri non possint: quod in adoptato ab extraneo secus sit. Quin D. Joh. Jacob. Plest. *p. m. ad jus topic. Würtemb. p. 3. th. 95.* tradit: * parentes unientes liberos primi matrimonii unitos in bonis quæsitis etiam ex maxima ingratitudinis causa exhæredare non posse. Verùm * hoc potestati tribuendum non videtur; sed potius successionis pactioni: quòd scil. liberi diversorum matrimoniorum jus succedendi titulo quasi oneroso habere videantur. Rectè igitur statuit * Jacobus Riccius, *in tract. d. union. prol.* malè notatus à Bachovio: *d. l.* quòd unio patriam potestatem à jure Civili parentibus in liberos concessam haud tribuat. Dicit tamen ibidem Riccius: *n. 2.* * aliquam habere parentes in liberos unitos potestatem, quæ media sit inter patriam potestatem & tutelarem. Ita * enim pater adoptivus extraneus aliquam in filium adoptivum exercet potestatem, cùm in domo ejus sit & habitatione, quæ tamen * diversa est à patria potestate, de jure Civili introducta, ut diximus *in præced. controvers.* Illa enim in obedientia solùm & reverentia aliqua consistit, nec ad alios patriæ potestatis effectus extendenda est.
17. Unde nec movet: * quòd parentes unientes & liberi uniti alere se invicem teneantur: hoc * enim non fit ratione patriæ potestatis; sed ratione æquitatis alicujus naturalis. Sic & * naturales liberi sunt alendi: *l. si. quis à liberis s. pr. ff. d. agnosc. & alend. liber.*
- 18.
- 19.
- 20.
21. nec

nec * tamen in parentum naturalium sunt potestate. Vid. Petr. 22.
 Gilken. d. usucap p. 3. c. 3. n. 64. Plebst. & Treutl. dd. ll.

Controversia IV.

*Unio prolium minùs solenniter facta, à liberis
 tamen prioris matrimonii ratihabita; à li-
 beris postea ex secundo matrimonio natis
 nullitatis argui non potest.*

Summaria.

Opinio nostra stabilitur. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. & 9.

Oppositio. n. 10.

Responsio. n. 11. 12. & 13.

Opinio nostra est practica. n. 14.

Controversiæ hujus negativa sententia sequentibus probatur
 fundamentis: * quod contractus vel actus, certâ requirens for-
 mam, eâ neglectâ ipso jure quidem nullus sit; si tamen in commodū
 ejus cedat & consentiat is, cujus favore forma vel solennitas est in-
 troducta; omninò valere debeat. *l. non eò minùs 14. C. d. procurat. ubi*
*Sichard. Quilibet * n. favori pro se introducto renunciare potest.*
*l. si judex 41. ff. d. minor. l. si quis 51. C. d. Episc. & cleric. Et * quod in fa-*
vorem alicujus introductum, in odium ejus detorquendum non est.
 Solennia * verò unionis in favorem liberorum jam natorum esse
 introducta; nemo inficiari potest. Ad * unum finem etiam intro-
 ducta contrarium effectum operari non debent. *l. legata inutiliter 14*
ff. d. adimend. & transfer. legat.

Sic * minores tempore unionis, deinde majores effecti, unio-
 nem non ritè initam ratihabere possunt. *l. 1. C. qui legit. person stand.*
*in judic. d. l. 14. C. d. procurat. Et * quod clausulæ Decreti annu-*
lativæ, in favorem partium introductæ, renunciari possit; tradit
*Jacobus Menochius d. arbitr. judic. q. c. 1. n. 7. Semper * quoque beni-*
gnius responsum accipiendum est, ut valeat potius actus, quàm ut
pereat. l. quotiens 12. ff. d. reb. dub. l. semper 56. l. rapienda 168. ff.
d. R. I.

9. Nec * est quòd conquerantur liberi, nondum nati: quorum parentes naturales ac legitimi super bonis suis disponere & pacisci haud prohibentur.

10. Verùm * obiici posset: quòd privatorum consensus haud derogare possit illi, quod de forma est, lege introducta: nec facere ut valeat actus, formâ non observatâ. *l. nemo potest. 55. ff. d. legat. 1. l. cum bi 8. §. si Prator. 17. ff. d. transact. Bartol. in l. de his ff. d. t. Jason. in l. posthumo. col. 9. C. d. bon. possess. contr. tabul. Socin. in l. 1. §. 1 ff. d. V. O.*

11. Respondetur: * ab initio quidem ita conveniri non posse inter partes, ne observetur forma vel solennitas; ex postfacto tamen actum propter formæ defectum invalidum & nullum tati haberi posse. Sic
12. * nemo potest facere, ne leges in testamento suo locum habeant; si tamen hæredes post mortem testatoris rati habuerint testamentum, ob solennitatis alicujus defectum invalidum, successio utique ex eo
13. debetur. Sic * in mutuo quoque ab initio quidem ita conveniri non potest, ut eadem res in specie reddatur; quia sic commodatum esset, aut depositum, aut pignus; *l. mutuum 2. pr. ff. d. reb. credit. ex postfacto tamen eandem rem restitui posse, tanquàm ex mutuo; tradit Glossa ad d. l. 2. & ad pr. instit. quib. mod. re contrah. obligat.*

14. Atque * secundùm hanc sententiam nostram decidit aliquando inclytum Facultatis Juridicæ Academiæ Tubingensis Collegium, & supremum judicium Ducale Würtembergicum: testibus

D. Harpprechto ad § 12. h. t. n. 22. & seqq. & Besoldo delib. 34.

ex libr. 1. pandect. & ad jus topic. Würtemb. disp. 3. tb. 93.

& seq. Johann. Petr. Surd. decis. 245. per tot.

p. m. 630. & seqq.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

TITUL. XII.

Controversia I.

Dignitas Doctoralis à patria potestate liberat.

Summa.

Summaria.

Doctorem privilegia non solum Professoribus, sed etiam aliis Doctoribus non professoribus, competunt. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Inter gradus Doctoralis prerogativas & hæc est: quod Doctores per gradus Doctoralis collationem à patria liberentur potestate. n. 8.

Olim sola Patriciatus dignitas à patria liberabat potestate. n. 9. & 10.

Hodie etiam Doctoralis dignitas. n. 11. & 12.

Quæ est communior Doctorum sententia. n. 13.

DOctorum * privilegia, quorum præcipua hæc sunt, quod ipsi, uxores & filii cum rebus, quas possident, ab omnibus functionibus & ab omnibus muneribus, vel civilibus, vel publicis, immunes esse debeant neque hospites recipere, nec ullo fungi munere, nec ad iudicium deduci, nec eximi, vel exhiberi, vel injuriam pati, non solum Professoribus; sed etiam aliis Doctoribus non Professoribus, inprimis verò Advocatis, competere; post alios multos à se allegatos consuluere Marcus Antonius Natta, *consil. 1. per tot.* & Ernestus Cothmannus *consil. Academic. 14. per tot.* Malè * enim *l. Medicos 6 C. d. professor. & Medic.* ad Professores à nonnullis restringitur. Nam * *d. l. Medicos 6.* generaliter loquitur, tam de Doctoribus legum, quam Professoribus. Postquam * etiam *d. l. 6. de Professoribus* dixit, statim subiicit de Doctoribus legum: quod necessum haud fuisset, si soli Professores privilegiis hisce gaudere deberent: quippe Doctores legum Professoribus antè inclusi erant. Sed * & si Constantinus Imperator alios Doctores excludere voluisset, expressè id fecisset. Præterea * si Professores solum *in d. l. 6.* contineri voluisset Imperator, alii Doctores nulla planè haberent privilegia, muneribus personalibus subicerentur, ad iudicium deduci possent & exhiberi, sicque ex plebejorum numero essent: quod * omninò absurdum esset & menti constantini Imperatoris adversum.

Inter alias autem dignitatis prerogativas & hæc est una: * quod per gradus Doctoralis collationem à patria potestate liberentur Doctores. Olim * quidem nec Episcopalis, *l. sacrosancta 34. C. d. Episc. & Cleric. auth. sed Episcopalis dignitas d. t.* nec Consularis, *Novell. 8.* nec Militaris; §. *filiusfamiliars 4. h. t.* sed sola Patriciatus dignitas à Sacris parentum liberabat. *l. ult. C. d. consul.* Quis * enim pariatur, dicit Justinianus Imperator: *in d. §. 4.* patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suæ nexibus filium liberare:

Impe-

11. Imperatoriam autem Celsitudinem non valere eum, quem sibi patrem elegit, ab aliena eximere potestate. Verum * postea per Novell. 81. c. 1. sancitum est & generaliter constitutum, ut omnis dignitas à Curia liberans, à patria quoque liberet potestate. Cum * igitur dignitas Doctoralis à muneribus curialibus liberet; d. l. Medicos 6. & l. si quis 10. C. d. profess. & Medic. l. Advocatos. 2. C. d. Advoc. divers. judicum sequitur: quod à patria quoque potestate liberum faciat. Mynsing. ad §. 4. h. t. n. 4. & seqq. Quæ * est communior Dd. sententia: attestante Hermanno Vultejo ibidem. Matth. Stephan. ad d. Novell. 81. n. 7.
- 12.
- 13.

Controversia I I.

Monachismus quoque patriam solvit potestatem

Summaria.

Vocabulum *Monachus* simplex est, non compositum. n. 1.
Sicut & vocula *Monasterium* simplex est n. 2.
Monachismus solvit patriam potestatem. n. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.
Obiectio. n. 9.
Solutio. n. 10. & 11.

1. Vocabulum * *Monachus* simplex esse, à Græco vocabulo *μόνος* deductum, non compositum à *μόνος* solus & *ἄχος* tristis; putat Cunradus Rittershusius ad Novell. constit. p. 1. c. 6. n. 12. Ubi
2. n. 13. quoque ait: * quod & *monasterium* simplex sit vocabulum, non compositum à *μόνος* & *statio*; sed à *μόνος* simpliciter derivatum. Becman. d. origin. lat. ling. verb. *monachus*.
3. De Monachismo controvertunt inter se Interpretes: an tollat patriam potestatem. * Affirmativa autem nobis verior videtur esse sententia: cujus expedita est ratio: * quod *Monachus* Abbatis potestati omnino subjiciatur: c. 6. x. d. stat. monach. cui etiam obedientiam juratò promittere cogitur. Accedit * quod per ingressum in monasterium omnes patriæ potestatis effectus tollantur:
- 4.
- 5.
6. *Monachus* * enim cum omnibus bonis suis monasterium ingreditur, & quicquid acquirit non patri, sed monasterio acquirit. Nov. 5.

cap. 5. auth. ingressi C. d. SS. Eccles. Nec * pater filium monachum aut præjudiciis, aut interdictis, aut cognitione Prætoriâ petere potest & in potestatem asserere, quod posset, si potestati ejus subiectus esset. *l. 1. §. per hanc autem 2. ff. d. R. V.* Facit * etiam pro hac sententia: quod olim Flamines & Virgines Vestæ à parentum liberabantur potestate: ut testatur Ulpianus *JC. in fragment. tit. 10. in fin. junct. Novell. 6. c. 6. in fin.*

Non stringit: * quod Rittershusius *d. l. n. 4.* objicit: diversas esse potestates, proinde unam per alteram non tolli. Respondetur * enim: diversas quidem esse potestates patris & Abbatis; verum Abbatis ita comparatam: ut tollat patriæ potestatis effectus. Ergo & ipsam ut tollat patriam potestatem, necesse est. Sic * quando servus fit Filius familiâs, patria potestas tollitur; *§. 1. h. t.* & tamen diversa est Dominica potestas à Patria. *Jason. in l. patre furioso 3. ff. d. his qui sui vel alieni jur. n. 46. & seq. Bartol. & Accurs. ad d. Novell. 5. Bald. in l. maritus 7. C. d. patr. potest. Schneidevvin. ad §. 3. b. t. n. 7. Bachov. in not. ad Treutl. p. 1. disput. 2. th. 12. lit. D Hillig. in Donell. enucleat. libr. 2. cap. 26. lit. L. Forster. disput. 3. th. 28.*

Controversia III.

Matrimonium patriam potestatem non solvit.

Summaria.

De iure Civili matrimonium patriam potestatem non solvit. n. 1. 2. & 3.

Obiectio. n. 4.

Solutio. n. 5.

Alia obiectio. n. 6.

Solutio. n. 7. & 8.

Moribus omnium ferè locorum etiam Germaniæ matrimonium solvit patriam potestatem. n. 9. & 10.

Hinc vocabulum Germanicum Freyhen suam originem ducit. n. 11.

DE * jure Civili res expedita videtur: matrimonium patriam potestatem non solve: inter * modos namq; solvendæ patriæ potestatis illud nusquam refertur. Et *in tit. h. omnibus mo-*

dis accuratè recensitis, matrimonium omittitur. Deinde * celebratis nuptiis, liberos in Sacris parentum, insignioresque patriæ potestatis effectus penes parentes manere; optimè colligitur ex l. soluto 2. §. quòd si 1. l. quotiens 29. l. si cùm 22. §. transgrediamur pen. ff. solut. matrimon. l. 3. 4. & 5. C. d. donat. int. vir. & uxor. l. patri 20. ff. ad L. Iul. d. adult. l. 1. §. fin. l. eum 18. §. si nupta 2. ff. d. injur. & famos. libell. §. 2. instit. ad Senat. Tertyl. l. filia 12. C. d. collat. l. si uxorem 5. C. d. condit. insert. l. si ut proponis 7. C. d. nupt.

4. Verùm * objicitur ex jure divino Genes. c. 2. v. 24. ubi habetur: propter hoc derelinquet homo patrem & matrè, adhærebitq; uxori suæ. Respondetur, * hoc ita intelligendum esse: quòd homo Lares paternos derelicturus sit & cum uxore sua cohabitaturus, patriæ potestatis jure nihilominus manente salvo.

6. Neque etiam * impedit quòd mariti potestati subjecta sit uxor. Siquidem * absolum non est, diversis potestatibus aliquem subjici, nec tamen unam potestatem tolli, vel turbari per alteram. Alio modo * autem uxor marito subjecta est, alio patri: illi enim ad obedientiam & obsequium solum tenetur, nec ei quicquam acquirit, nisi ex operis suis. Schneidevvin. ad §. 8. h. t. n. 4. & seqq. Hunn. variar. resolut. libr. 1. tract. 3. q. 35. Cluten. disputat. 13. th. 13.

9. Verùm, * licet hæc de jure Civili verissima sint, de consuetudine tamen omnium ferè locorum etiam moribus Germania illi derogatum est: moribus * enim nostris matrimonium pro emancipatione habetur, & matrimoniis contractis à patriæ potestatis nexibus hodie liberantur liberi Andr. Tyraquell. d. præscript. gl. 4 versic. 7. Eginar. Baro ad h. t. p. 2. pr. Petr. Georg. Tholosan. in syntagm. jur. libr. 11 c. 10. Matth. Berlich practicab. conclus. p. 2. conclus. 11. n. 31. & mult. seqq. Hillig. in Donell enucleat. libr. 2 c. 26. lit. M. Atque * hinc Germanicum illud Greyen suam duxisse originem; putat Vultejus: ad §. 2. h. t. n. 3. quasi à vinculo patriæ potestatis se li-

berare.

* *

DE TUTELIS.

TITULUS XIII.

Controversia I.

In definitione tutela legendum est vis non jus.

Summaria.

Definitio tutelæ. n. 1. & 2.

Tutius est in definitione tutelæ *vis* quàm *jus* legere. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. & 9.

Oppositio. n. 10.

Responsio. n. 11. 12. & 13.

Instantia. n. 14.

Responsio. n. 15. & 16.

Justinianus Imperator * definit tutelam in §. 1. h. t. quòd sit *vis* *ac potestas* in capite libero ad tuendum eum, qui propter ætatem se defendere nequit, jure Civili data ac permessa. Eademque * definitio à Servio J.C. in l. 1. ff. h. t. traditur. Quamvis * autem perinde ferè esse videatur, siue *jus* siue *vis* generis loco in definitione hac ponatur; Theophil. ad §. h. 1. tamè tutius est *vis* in ea legere. Sic * enim tutelā definire placuit Servio, in d. l. 1. & Justiniano in §. h. 1. Pro * qua lectione haud leviter pugnat vocula *eam* in d. l. 1. §. 2. & §. 2. h. t. posita, quæ relativa est ad id, de quo antè dictum, se referens. Quin * expressè ibi vocula *vis* cum vocula *eam* conjungitur: dicitur * enim in dictis textibus: Tutores sunt, qui *eam vim ac potestatem* habent. Atque * hanc lectionem agnoscunt omnia exemplaria, etiam ipsum Florentinum; à quo tamen recedere nefas esse dicit Gæddæus ad rubric. d. V. S. n. 26. Voculæ * *vis* igitur & *potestas* sunt synonymæ, illaq; per hanc explicatur: quòd sc. *vis* sit *potestas* vel *facultas*, quæ non violenta, sicut *vis* ingenii esse dicitur. Neq; * obstat: quòd *potestas* etiā injusta esse possit. Respondemus enim: * præsupponendam esse talem potestatem, quæ iusta; cùm nihil in jure nostro approbetur, quod non iustum sit: *jus* enim est ars boni & æqui l. 1. pr. ff. d. justit. & jur. Ita * *vis* & *potestas* alibi quoq; con-

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

ungi solent: ut in *l. scire leges* 17. ff. l. LL. ubi dicitur: scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem. Sicut * & in *l. fin. C. d. patr. potest. jus* cum potestate conjungitur, ibi: ut patribus, quibus jus vitæ in liberos necisq; potestas olim erat permessa. Cui * non obstat: hâc ratione duplex esse genus in definitione tutelæ. Etenim * non hoc egerunt Jcc. ut accuratas definitiones ex Logicorum præceptis concinnarent nobis; sed ut essentiam rerum exprimerent. Logica * etiam non est ejusmodi ars, cui se facultates aliæque scientiæ accommodare debeant, sed instrumentum saltem, quo aliter non utendum, nisi in quantum facultates & scientiæ hoc admittunt. Verum de minutiis hisce plus satis. Vid. Bartol. ad d. l. 1. ff. h. t. Donell. libr. 3. comment. c. 1. ibiq; Hillig. lit. B. Wessenbec. ad §. 1. h. t. Bachov. in not. ad Treuler. p. 2. disput. 8. th. 1. lit. B. & ad d. §. 1. h. t. ibidemq; D. Harpprecht. n. 3. & 4. tom. 1. Forster. disp. 4. th. 1.

Controversia II.

Verba in capite libero, in definitione tutelæ posita, ad tutorem rectius referuntur.

Summaria.

Controvertitur inter Dd. quò verba in definitione tutelæ posita, *in capite libero*, referri debeant n. 1.

Sive ad tutorem sive ad pupillum ea referantur, verus eorum est sensus. n. 2. 3. 4. & 5.

Alia quæstio est, quò verba ista salvâ eorum structurâ & contextû attento referenda sint ab illa, quò re ipsâ ponderatâ referri possent. n. 6.

Verba *in capite libero* secundum literam & mentem Justiniani ac Servii ad tutorem referenda sunt. n. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. & 17.

Interim si res ipsa ponderetur, dicta verba *in capite libero* tam ad pupillum quàm tutorem referri possent. n. 18. 19. & 20.

1.

QUò * verba ista *in capite libero*, in definitione tutelæ posita, referri debeant, an ad tutorem, an verò ad pupillum; inter

2.

Interpretes quoque nostros non convenit. Quocunque * sanè re-

3.

feras, absurdus eorum intellectus non erit. Si * enim ad pupillum referan-

referantur, quasi tutela vis sit & potestas, quæ sit in pupillo; verus dictorum verborum sensus est: quoniam liber esse debet pupillus: aliàs enim non tutelarum sed vel patria, vel dominica esset potestas. Et * si de pupillo intelligantur, eo ipso præsupponitur, liberum esse debere tutorem: aliàs enim nullam in pupillum potestatem posset habere: cum servi in liberum nulla sit potestas, quod noto est notius. Quomodo * sanè videri posset, verba in *capite libero* ad pupillum rectius referri. Verum * alia est quæstio, quò verba hæc salvâ eorum structurâ & contextu attento referri debeant, ab illa, quò re ipsâ ponderatâ referri possent. Si * verba ipsa & subsequentem contextum introspeciamus, apparebit verba in *capite libero* ad tutorem referenda esse, eoq; Justinianum & Servium retulisse. Nam * definitioni tutelæ in d. l. 1. §. 2. & §. 3. h. t. hæc subjiciuntur verba: *tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent.*

2. Faciunt * illa verba in definitione tutelæ: *ad tuendū eum, &c.* Ex ratione autem Latini sermonis dicere debuisset Justinianus & Servius, *ad tuendum id*: si verba hæc ad pupillum referre voluissent.

3. Quòd ad tutorem supradicta verba sint referenda, vult illa ratio: quòd servus tutor esse non possit. l. si quis 22 ff. d. testam. tut.

4. Verba * ista in *capite libero* non videntur esse sufficientia, etiamsi ad pupillum referantur: quippe * non solum liber esse debet pupillus, sed etiam sui juris. l. muto 6. §. fin. l. si arrogati 14. pr. ff. h. t. Vincent. Manzin. in tract. d. tut. q. 4. n. 14. Donell. 3. comment. 1. & 2. Treutler. p. 2. disput. 8. thes. 1. lit. O. Arumæ. Exercit. 3 thes. 2. Bartol. in l. 1. ff. eod. tit. Schneidevvin. bñc. 4. & commun. Dd.

5. Nulla * est necessitas, sæpè dicta verba ad pupillum referri, quin videri posset, ita superfluè in definitione poni. Nam * differentia specifica definitionis hujus satis indicat, liberū esse debere pupillum. Dicitur enim in definitione, qui * propter ætatem se defendere nequit. Ergò per conditionem & statum suum defendere aliàs se potest. Itaque * verba propter ætatem oppositivè proferuntur ad conditionem & statum sive ad patriam potestatem, & herilem sive dominicam. Cum * igitur in definitione nullum verbum otiosum esse debeat, & omnes verborum superfluitates cavendæ: dicendum erit, verba in *capite libero* superfluè pupillo attribui.

17. Et * ergò si ipsum textum d. l. 1. §. 1. & 2. & §. 1. & 2. inspi-
ciamus eorumque verba conferamus, dicendum erit: verba *in capite*
18. *libero* ad ipsum tutorem pertinere, eoq; illa Servium & Justinianum
retulisse. Interim * tamen verum est, sæpè dicta verba ad utrumq;
tàm tutorem quàm pupillum, si rem ipsam probè consideremus,
19. 20. referri posse: tàm * pupillus enim, quàm tutor liber esse debet.
Nimirum * vis ac potestas in tutore est activè, in pupillo verò pas-
sivè: vis enim ac potestas à tutore in personam pupilli exercetur.
Aliter D. Harppr. hic n. 11. & seqq. tom. 1.

Controversia I I I.

Pater filio exheredato in testamento suo tu- torem constituere potest.

Summaria.

Controversiæ hujus affirmativa sententia stabilitur. n. 1. 2. 3. & 4.
Adversatur. / sæpè 53. pr. ff. d. V. S. n. 5.
Respondetur n. 6. 7. & 8.
Adversatur etiam l. quò tutela 73. §. nemo potest i. ff. d. R. L. n. 9.
Respondetur n. 10. 11. & 12.
Sententia nostra limitatur, n. 13. & 14.

1. **C**ontroversiæ hujus affirmativa sententia fundata * reperitur
in l. pater 4. ff. d. testament. tutel. ubi pater hæredi instituto filio,
2. vel exheredato tutorem dare potest. Et * in l. si hereditas 10. §. qui
filium 2. in fin. eod. tit. in qua dicitur: tutoris datione in testamento
scriptam valere, ubi nepos vel hæres institutus est, vel nominatim
3. exheredatus. Eademque sententia * per explessum stabilitur ex l.
quæro 31. d. t. ubi pater filiæ exheredatæ tutorem rectè constituit.
4. Cujus decisionis * ratio redditur: in l. filium 20. pr. ff. d. bon. posses.
contr. tabul. quòd per exheredationem non desinat esse filius exher-
edatus, quin nec eximatur à patria potestate: eique pater rectè sub-
stituat. §. non solum 4. instit. d. pupillar.
5. Neque * repugnat l. sæpè 53. pr. ff. d. V. S. ubi traditur: tuto-
6. rem sine pecunia dari non posse. Etenim * hoc quidem verum est;
illud verò minimè exinde sequitur, ipsum filium institui debere, vel
eile-

ei legari. Itaque * sic non potest sine pecunia in testamento dari tutor, ut nec alius tertius sc. in testamento instituatur, vel ei legetur. Nam * hæredis institutio basis & fundamentum est testamenti, quâ non factâ nullum erit testamentum.

Non etiam * adversatur *l. quò tutela 73. §. nemo potest. 1. ff. d. R. I.* ubi respondet Scævola Jc. quòd nemo possit tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis hæredibus cum moritur habuit, habiturusve esset, si vixisset. Licet * enim exheredatus non sit suus tempore adeundæ hæreditatis; tamen interim manet suus, donec adeatur hæreditas, veluti vocula *moritur ind l. 73.* posita innuit. Sicq; * pater filio exheredato tutorem eo tempore dedit, quo suus fuit. Rationis ratio * hæc redditur: quòd ante aditâ hæreditatem nulla sit exhereditatio: siquidem illâ non aditâ, hæc nullius est momenti, veluti traditur *ind l. filium 20. pr ff. d. bon. possess. contr. tabul.*

Verùm in * casu motæ inofficiosi querelæ tutor exheredato datus confirmari solet, & propter incertum iudicii eventum Decretum interponi: siue pro testamento pronuncietur, siue contrà. Et * quidem si pro testamento pronuncietur, ex ipso testamento auctoritatem habet tutor; sin verò contrà, ex Magistratus confirmatione, veluti habetur *in l. jure nostro 26. §. propter litem 2. ff. d. testament. tut. Donell. 3. comment. 4. ibi 3. Hillig in not. lit. C. Petr. Fab. semestr. libr. 3 c. 24 p. 373. Schneidevvin. ad §. permissum instit. h. t. n. 8 & seq. D. Harppr. ibid. n. 12 & seqq. Bachov. in not. ad Treutler. p. 2. disp. 8. th. 2. lit. B. p. 404. & ad d. §. 3. n. 4. p. 157.*

Controversia I V.

Tutor testamento non rectè datus & à Magistratu confirmatus modò testamentarius est, modò dativus.

Summaria.

Tres sunt tutelæ species. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Tutores non ritè nec jure datos testamentarios videri; probatur. n. 7. 8. 9.

10. & 11.

Eos dativos videri, probatur. n. 12. & 13.

Distin-

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

Distinguendo lis componitur. n. 14. 15. 16. 17. 18. & 19.

Tutor confirmatus mixtam habet naturam, testamentarii scilicet & dativi.
n. 20. & 21.

Obiectio n. 22.

Solutio. n. 23. & 24.

Obiectio. n. 25.

Solutio. n. 26. & 27.

Obiectio n. 28.

Solutio. n. 29.

1. **V**ulgò * tres species tutelæ constituunt Dd. Testamentariam
2. sc. legitimam, & dativam. Testamentaria * est, quæ ex volun-
3. tate testatoris defertur. Quod * fit testamento ritè condito, & ei
dato tutore, qui in testatoris constitutus est potestate.

4. Legitima * tutela est, quæ à lege proximis consanguineis de-
5. fertur. Dativa, * quæ à iudice datur, nullis neque testameta-
6. riis tutoribus neque legitimis extantibus. Primo igitur * loco
ad tutelam vocantur testamentarii tutores, secundo loco legitimi,
& tertio demum in subsidium dativi.

De illis tutoribus controvertitur hîc, qui in testamento non
ritè facto, vel liberis præteritis, vel ex hæredatis sive justè sive inju-
stè, vel liberis emancipatis, vel ab iis dati, qui aliàs jus dandi non
7. habent, qui omnes à iudice confirmandi sunt; * an pro testamen-
8. tariis, an verò pro dativis, propter subsequutam iudicis confirma-
tionem, habendi? Pro * testamentariis pugnat: quòd iis satisfac-
9. tio remittatur 1. qui à patre 3. ff. d. confirm. tut. & sine inquisitione
confirmantur. 1. mulier 2. ff. d. t. & l. fin. C. eod. tit. 2. Quòd * Præ-
10. tor in confirmando tutore non proprium arbitrium sequatur, sed
defuncti iudicium. 1. Neseñnius 3. pr. ff. d. excusat. 3. Quin * in d. l.
Neseñnius tutor confirmatus, excusare se volens, legatum ipsi in te-
stamento relictum amittit, non aliter ac aliustestamentarius tu-
11. tor. 4. Quòd * is qui confirmat nihil det.

12. Pro * dativis verò adducitur hæc ratio: quòd tutela hæc
non ex testamento, sed ex Magistratus confirmatione vim suam &
robur accipiat. 1. jure nostro 26. §. 2. & l. seq. 27. ff. d. testament. tut. 2.
13. Quòd * is date intelligatur, qui confirmat. arg. l. & quia 6. ff. d.
jurisdict. & l. obvenire 130. ff. d. V. S.

14. Nos * litem hanc distinguendo expediri posse sentimus. Di-
stinguimus autem: an tutor datus fuerit ab eo, qui aliàs jus dandi
tutoris

tutores habuit, an verò ab eo qui jus dandi tutores non habet. Illi
 * & satisdatio remittitur *d. l. qui à patre 3. ff. d. confirm. tut.* & sine
 inquisitione confirmatur; *arg. d. l. mulier 2. d. t. testamentarius* igitur
 rectius dicitur. Quoniam * autem absque confirmatione tu-
 tor hic tutelæ administrationem suscipere non potest; *d. l. quo jure*
26. §. 2. ff. d. testam. tut. non simpliciter erit testamentarius, sed da-
 tivo aliquo modo similis. Verum * si ab eo datus fuerit tutor, cui
 aliàs tutores dandi jus non fuit, ut à patrono, patruo & matre; talis
 tutor dativus potius erit: nam * & satisdationem præstat, & cum
 inquisitione confirmatur. Quia * verò testatoris iudicium in con-
 firmando sequi necesse habet Prætor; tutor ita confirmatus non
 simpliciter erit dativus, sed testamentario aliquo modo similis,
 uti testamentarius dativo.

Itaque * tutor confirmatus mixtam habet naturam, testa-
 mentarii sc. & dativi, & * ad cuius naturam magis accedit ac de
 cuius natura plus participat, ab eo dicendus erit: nimirum si plus de
 testamentario participat, testamentarius, si de dativo, dativus.

Sed obstat: * quòd forma det esse rei; formam autem tutor con-
 firmatus ex iudicis confirmatione indistinctè accipere videatur Re-
 spondemus * per inficiationem: confirmatio enim essentiam haud
 tribuit, sed auctoritatem solùm, quæ duo differunt inter se: * siqui-
 dem auctoritas testamenti in externa solennitate subsistit, essentia
 verò ejus in testatoris voluntate & assistentia legis.

Objicitur etiam: * tres tantùm species esse tutelæ, testamen-
 tariam sc. legitimam & dativam: Ergò mixtam non dari. Respon-
 demus, * multa esse irregularia in jure nostro & analogia, ex æqui-
 tatis ratione introducta: cùm impossibile sit, talem dari jurispru-
 dentiam, ubi immotæ definitiones sint, seu regulæ, & nihil novi in-
 terpretatio suggerere possit. Ita * enim mutuum habemus irregu-
 lare: *in l. rogasti. 11. & l. singularia 15. ff. d. reb. credit.* & successio-
 nem anomalam ex pacto, aliaque plura, quæ cum regula per om-
 nia non conveniunt.

Neque * etiam obstat illa pro dativis adducta ratio: quòd is
 dare intelligatur, qui confirmat. Verum * enim hoc est in volunta-
 ria & arbitraria confirmatione, non necessaria. Prætor verò ex legis
 necessitate tutorem nostrum tenetur confirmare. Bachov. *in not. ad*
Trentler. p. 2. disput. 8. th. 2. lit. C. p. 407. Anton. Piagg. *d. tut. &*

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

cur. q. 2. pr. q. 1. n. 14. q. 1. pr. q. 17. n. 5. Befold. d. tut & cur. cap. 9.
per tot. Hillig. Donell. enucleat. libr. 3. c. 5. lit. D.

QUI TESTAMENTO TU- TORES DARI POSSUNT.

TITULUS XIV.

Controversia I.

*Servus proprius in testamento sine libertatis
mentionem tutor datus fideicommissariam
consequitur libertatem.*

Intricatus & perplexus in controversia hac occurrit nodus. n. 1.

Autoris sententia probatur. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

Objectio ex §. 1. h. t. n. 12.

Iacobi Cujacii conciliatio. n. 13.

Ejus refutatio. n. 14. 15. 16. & 17.

D. Harpprechtii conciliatio. n. 18.

Quæ non acceptatur. n. 19. & 20.

Autoris conciliatio. n. 20. 21. 22. 23. 24. & 25.

Francisci Hotomanni antinomiam statuentis inepta conciliatio. n. 26.

Eiusdem refutatio. n. 27. & 28.

INtricatus * & perplexus occurrit hic nodus, quem vix Alexandri
Igladio quenquam dissolvisse hactenus, inquit Marcus Lyclama.
s. membr. Eclog. 15. * Equidem fideicommissariam libertatem ad-
struit l. si hereditas 10. §. fin. ff. d. testament. tut. ubi ita ait Ulpianus
JC. Servus alienus ita dari potest tutor, si liber erit tutor esto. Quinimò
& si purè datus sit, videtur inesse hac conditio, cum liber erit. Potest
autem quis extraneo servo defendere ex hac causa fideicommissariam li-
bertatem. Quid enim interest, suum servum, an alienum, tutorem scri-
pserit: cum pupilli favore, & publicæ utilitatis adsumpta libertas sit in
persona ejus, qui tutor scriptus est; potest igitur & huic fideicommissa-
ria libertas defendi, si voluntas testatoris apertissimè non refragetur.
Eandemq; * sententiam Imperatores Valerianus & Gallienus per
expres-

expressum comprobant in l. etsi 9. C. d. fideicommissar. libert. dum sic rescribunt: *Etsi non adscripta libertate testator servum suum tutorem filiis suis dederit receptum est & libertatis & pupillorum favore, ut per fideicommissum manumisisset eum videatur. Etsi non suum proprium, sed alienum servum, conditionem ejus sciens, tutorem adscripserit: æquè fideicommissariam libertatem datam, nisi aliud evidenter defunctum sensisset appareat, Prudentibus placuit.*

Sanè * in d. l. 10. §. fin. in pr. de servo quidem alieno agitur; verùm in versic. quinimò tam de proprio quàm alieno: cum indefinitè loquatur. In versic. potest autem &c. de servo extraneo agitur: quòd etiam illi purè in testamento dato tutori fideicommissaria libertas relicta esse censeatur. Et * quòd d. §. fin. tam de proprio quàm alieno tractet servo; ex ratione subjecta dilucidissimè cõstat: dicitur enim ibi: nihil interesse suum servum an alienum tutorem scripserit testator. Si * igitur vi textus hujus hætenus nihil intersit inter proprium servum & alienum, etiam nihil inter libertatem relictam intererit: & sicut alieno servo fideicommissaria libertas non directæ relicta esse censetur, ita etiam eadem proprio relicta censenda erit. Hanc * enim differentiam inter directam libertatem & fideicommissariam illa qualitas servi proprii & alieni facere non potest; sed modus constituendi tutorem & libertatem relinquendi. Nimirum * si expressè relicta sit libertas, directæ relicta censetur; si tacitè absque sc. libertatis mentione, fideicommissaria. Nam * sicut directæ actio ex ipsis verbis legis expressis datur, utilis verò ex æquitate & interpretatione legis; ita & hîc directæ libertas ex verbis testatoris directis sive expressis datur; fideicommissaria verò ex æquitate & interpretatione tacitæ testatoris voluntatis. Quin * eum directam libertatem consequi, qui directè liber esse ex testamento jubetur, qui testatoris fiat libertus, nimirum Orcinus; manifestè traditur in §. libertas 2. versic. at is &c. instit. d. singul. reb. per fideic. relicta.

Præterea * sententia nostra evidentissimè probatur ex suprâ adducta l. etsi 9. C. d. fideicom. libert: ubi illa habentur luce meridiana clariora verba: *etsi non suum proprium, sed alienum servum, conditionem sciens, tutorem adscripserit; æquè fideicommissariam libertatem datam.*

Verùm * huic textui apertissimè contradicere videtur §. sed & servus. 1. instit. h. t. cujus verba ita habent: *Sed & servus proprius*

testamento cum libertate rectè tutor dari potest. Sed sciendum est eum & sine libertate tutorem datum, tacitè libertatem directam accepisse videri, & per hoc rectè tutorem esse.

13. Jacobus Cujacius * *ad §. h. 1. respondet: quòd Justinianus*
14. *jus novum hic constituerit: quæ etiam Bachovii in not. ad Treutl. p. 2.*
15. *disp. 8. rh. 2. lit. B. p. 411. videtur esse sententia. Verùm * ea conci-*
16. *liatio minimè subsistere potest: si enim hoc statuendum, dicendum*
17. *potius erit, jus Novum in d. l. etsi 9. C. d. fideicommissar. libert.*
18. *constitutum esse. Non * enim jus antiquius noviori, sed novius*
19. *antiquiori derogare solet. Quòd * verò Institutiones ante Codi-*
20. *cem repetitæ prælectionis compositæ sint & promulgatæ; in contr.*
21. *6. proæm. n. 15. & 16. traditum fuit. Quin * nec Institutiones*
22. *Digestis nec utrisque Codex derogant: ut in d. proæm. contr. 7. pro-*
23. *bavimus.*
24. D. Harpprechtus * *contrariam secutus sententiam ad d. §. 1.*
25. *h. t. n. 10. respondet, eam de fideicommissaria libertate accipi non*
26. *posse, nec debere. 1. Quia servus disertè à testatore manumissus di-*
27. *catur, quod fideicommissariæ libertati haud conveniat. 2. Quòd ibi*
28. *dicatur, libertatem saltem per fideicommissum datam videri. Ve-*
29. *rùm * nec hæc subsistere potest responsio. Ad primum enim vi-*
30. *cissim respondemus: quòd quidem servus à testatore manumissus*
31. *dicatur; non tamen directò sed per fideicommissum, sicut verba*
32. *textus habent. Ad * alterum respondemus per instantiam: quòd*
33. *sc. in d. §. 1. quoque vocabulum videri sit positum, dum dicitur ibi:*
34. *servum tacitè directam libertatem accepisse videri. Ergò vi textus hu-*
35. *jus directam libertatem reverà non accipit servus, sed fideicommis-*
36. *sariam.*
37. Rectius * *igitur textus hi ita conciliari videntur: quòd sc.*
38. *proprius quidem servus fideicommissariam accipiat libertatem,*
39. *quando tutor in testamento constitutus est; non tamen opus sit aliâ*
40. *manumissione, sed ipse testator ipsum videatur tacitè manumi-*
41. *sisse, non quidem ita, ut Orcinus sive testatoris libertus esse debeat;*
42. *sed hæredis, filii impuberis. Quia * enim hæres tanquam impu-*
43. *bes eum manumittere non potest & ideò ei alius tutor ad hunc ma-*
44. *numissionis actum constituendus foret; idcirco ad ambages hæc*
45. *evitandas ex ipso testatoris testamento consequitur libertatem,*
46. *non quidem directam (cùm verba testatoris directæ & expressæ de-*
47. *ficiant))*

ficiant) sed fideicommissariam: perinde * enim est, ac si ipse hæres eum manumisisset, ad hunc scil. juris effectum, ut non testatoris sed hæredis libertus esse debeat, & hæres jus patronatus consequatur: quod * in favorem est pupilli, quem *d. l. etsi 9.* æquè ac libertatis favorem considerat. Quæ causa * esse videtur: quod tam in *d. l. 9.* quàm in *§. 1. h. t.* improprietas vocula *videri* contineatur. *Vid. Dominic. Arumæ. Exercit. 3. th. 9.*

Omniùm pessimè * verò Franciscus Hotomannus hîc antinomialam statuit: quod * enim ex mente Justiniani Imperatoris nulla detur in jure nostro antinomia; suprà in *controv. 5. proæm. Instit.* stabilivimus. Lex * quoque ex verbis vel mente alterius legis, quæ contraria videri posset, explicanda est, & leges legibus conjungendæ, ut evitetur correctio legum earumque antinomia & discrepantia.

Controversia II.

Filiorum appellatione non continentur nepotes.

Summaria.

- Vnde vocabulum *Filius* derivetur, Francisci Becmanni & Jacobi Curtii conjecturæ. n. 1. & 2.
 Autoris conjectura. n. 3. & 4.
 Vocabulum *filius* generis quando nomen est, nepotes comprehendit. n. 5. 6. & 7.
 Specificè verò acceptum vocabulum hoc nepotes non continet. n. 8. & 9.
 In contractibus filii appellatione nepos non continetur. n. 10 & 11.
 Limitatio. n. 12. & 13.
 Quæ sit diversitatis ratio inter contractus & ultimas voluntates. n. 14.
 Si testator filiis tutores dederit, nepotibus eum dedisse non censetur. n. 15. 16. & 17.
 Limitatio. n. 18. 19. & 20.
 Filii quorum pater superest suo patri profunt quò ad tutelæ excusationem, non avo. n. 21.
 Filiorum appellatione non veniunt nepotes, quando filii in dispositione aliqua traxativè sunt positi. n. 22. & 23.
 Et quando filii vel nepotes nominati sunt nominibus propriis, vel appellativis n. 22. & 23.
 Vel quando relativè filiorum fit mentio. n. 25.
 Item si testator in aliqua parte testamenti filiorum & nepotum discretivè mentionem fecit, & in alia parte filios nominavit. n. 26.

In odiosis quoq; , ut fideicommissaria substitutione , gravamen continente , filiorum appellatione non continentur nepotes. *n.* 27. 28. & 29.

Item filiis exheredatis , non continentur nepotes. *n.* 30.

Filiorum appellatione veniunt nepotes, si juris spectetur interpretatio. *n.* 31.

Et si verisimilis mens ipsius testatoris. *n.* 32. 33. 34. & 35.

Vel quotiens æquitas hoc suadet. *n.* 37.

In favorabilibus inprimis hoc obtinet , ut in testamentis &c. *n.* 38. 39. 40. & 41.

Patrum inter Conjuges, ut bona filiis applicentur ; nepotibus quoque prod-
est. *n.* 42.

In legatis & fideicommissis, in quibus conditio si sine liberis appositæ est, ne-
potes filiorum appellatione continentur. *n.* 43.

- E** Tymon verbi *Filius* inquirere hîc placuit. Franciscus Becman-
nus * *d. orig. latin. ling.* id à Græco φίλος, quod est à φιλέω, amo
sive diligo , deducit. Jacobus Curtius * *verò conject. libr. 2. c. 3. &*
in libr. 2. εἰκασῶν ad Fratr. à Græco υἱός illud deducere mavult. Ve-
rùm nobis * vocabulum hoc *Filius* à latino *Fio* rectius deduci vi-
detur : quæ * Etymologia cum originali lingua convenit, secun-
dum quam *Filius Ben, edificavit* sive *fecit* dicitur. Unde * cum
generis nomen sit *Filius* appellatione ejus nepos quoque gene-
raliter continetur. Ita * Laban filius Nachor dicitur à Mose;
Genes cap. 26. v. 5. cum tamen frater Rebecca Bathuelis filia fuerit;
Nachor verò Bathuelem filium habuerit. Sic * etiam Christus
filius David vocatur ; *Matth. cap. 1. v. 1.* quamvis longâ generatio-
num serie distet ab eo.
8. Specificè verò * filius dicitur, qui ex patre immediatè pro-
genitus est, & ab eo primo distat gradu. Hinc * si verbi proprie-
tatem spectemus in jure nostro ; filii appellatione non continentur
nepos. *l. nam civium 4. & l. filium 6. ff. d. his qui sunt sui vel alien. jur.*
Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. *l. quid si 6. ff. d. testam.*
tut. l. excusantur 2. §. non solum 7. ff. d. excusat.
10. Unde * in contractibus filiorum appellatione non conti-
nentur nepotes, secus ac in ultimis voluntatibus : (de quo postea
agetur) etiam si * contractus favorem nepotum concernat. Aym.
Cravett. *consil. 964. n. 17. & seqq.* Marc. Anton. Natt. *consil. 164. n. 31.*
& 32. Alexandr. *d. Imola consil. 61. n. 2. vol. 1.* Joh. Vincent. Hondedæ.
consil. 54. n. 42. vol. 1. Dan. Moller. *Semestr. libr. 5. c. 71.* Nisi *
12. natura actus vel contractus hoc requirat. Exempli causâ * feudo
13. concessio alicui & filiis ejus, omnes descendentes in infinitum suc-
cedunt :

cedunt: cùm natura contractus feudalis totam lineam contineat. Bald. in cap. quæ in Ecclesiarum n. 39. d. constit. Rationem * diversitatis inter ultimas voluntates & contractus hanc dat Cravetta: d. l. quòd imputari possit contrahentibus, quòd legem contractus apertius non dixerint; l. veteribus 39. ff. d. pact. non verò testatori, qui de morte sit sollicitus.

Si * filiis tutores dederit testator; nepotibus quoque dedisse eum haud censetur: veluti respondit Ulpianus JC. in d. l. filium 6. ff. d. testament. tut. & tradit Justinianus Imperator in §. fin. h. t. Nulla * enim hinc opus est juris interpretatione: licet enim nepotes testamento non habeant tutores; satis tamen eis aliàs prospectum est lege, vel Magistratu. Neque * etiam verisimile est, in causa odiosa & onerosa tertium nimium gravare voluisse testatorem. Verum * si filiis tutores dederit testator, filios autem non habeat, sed nepotes duntaxat: tum ne nihil egisse videatur testator, nepotibus dedisse eum tutores, præsumitur. Idemque * dicendum erit, ubi liberos emancipatos habet testator, quo casu similiter locus non erit Ulpiani responso, sed dispositio testatoris ad nepotes pertinebit. Et * ad tutelæ excusationem non solum filios prodesse, sed etiam nepotes, ex filio præmortuo; habetur in l. excusantur 2. §. non solum ff. d. excusat. Illi * verò quorum pater superest, suo patri non avo profunt: l. neque filia 2. C. qui num. liber. se excusant Petr. Faber. semestr. libr. 3. c. 24. p. m. 374.

Porro filiorum appellatione non continentur nepotes: * quando filii in dispositione aliqua taxativè sunt positi: taxativa * enim dictio cæteros omnes excludere videtur. Cravett. consil. 155. n. 1. & 2. Et * deinde, ubi filii & nepotes nominati sunt nominibus propriis, vel appellativis. Tiber. Decian. consil. 47. n. 15. & 16. vol. 3. Vel * quando relativè filiorum fit mentio: ut quia primò sunt vocati nominibus propriis, postea verò dicatur; si aliquis dictorum filiorum decesserit, unum alteri substituo. Dec. consil. 464. n. 8. Alexand. consil. 140. n. 3. & 5. vol. 6. Joh. Petr. Surd. consil. 31. n. 32. Item * ubi testator in aliqua parte testamenti filiorum & nepotum discretivè mentionem fecit, in alia parte filios nominavit. Hondedæ. consil. 60. n. 64. vol. 1. p. 4. In * odiosis etiam filiorum appellatione non continentur nepotes. Veluti in fideicommissaria substitutione, gravamen continente. l. hered. 41. §. cùm filia 2. ff. d.

vulg.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28. vulg. & pupill. substit. l. cum patronus 28. ff. d. legat. 2. Etiam * in reciproca substitutione: licet * enim respectu aliquo favorabilis sit; nihilominus tamen & onerosa est. Hondedæ. consil. 60. n. 3. vol. 1. p. 4.
29. Idemq; * filiis exhereditatis obtinet. Bartol. in d. l. liberorum ff. d. V. S.
30. Natta consil. 191. n. 10. & 11.

31. Quamvis verò filiorum appellatione regulariter non veniant nepotes; veniunt * tamen si juris spectetur interpretatio: l. filii 84. ff. d. V. S. ubi filii appellatione omnes liberi intelliguntur: l. iusta interpretatione 201. eod. tit. ubi respondet Julianus JC. iustâ interpretatione recipiendum esse, ut appellatione filii nepos contineri videatur: d. l. liberorum 220. d. V. S. in qua liberorum appellatione nepotes & pronepotes, cæteriç; ex his descendentes, continentur. l. filium 14. ff. ad Sct. Macedon. & l. si mater 6. §. 1. eod. tit. l. adoptivus 14. §. nunc videamus 4. l. senatusconsulto 59. ff. d. rit. nupt. l. sive ingenua 2. §. filius 28. ff. ad Sct. Tertyl. Bartol. post Dyn. in d. l. liberorum d. V. S. Decian. respons. 47. n. 10. vol. 3.

32. Deinde * continentur filiorum appellatione nepotes, si verisimilis mens ipsius testatoris spectetur. Doct. omnes in l. Gallus 29. §. instituens ff. d. liber. & posthum. Pro Regula * enim traditur: quòd, ubicunque ex conjecturis apparet, quem idem, quod de filiis expressè dixit, etiam de nepotibus sensisse; tum semper filiorum appellatione etiam nepotes contineantur: l. Lucius 53. ff. d. hered. instit.
33. siquidem * testator id disposuisse videtur, quod vivus interrogatus verisimiliter respondisset. l. Titius 25. §. Lucius 1. ff. d. liber. & posthum. Gloss. in l. tale pactum §. ult. ff. d. pact. Decian. respons. 47. n. 6. vol. 3. Hartman. Pistor. libr. 3. q. 30. n. 10. Quod absque omni dubio
34. * verum est, quando ex aliquo constare potest de voluntate testatoris, quòd idem de filiis dispositum de nepotibus quoq; intellectum voluerit: Decian. consil. 88. n. 58. vol. 2. ubi verba testamenti quàm maximè erunt attendenda eorumque significatio. l. non aliter 69. pr. d. legat. 3. Decian. d. consil. 47. n. 7. vol. 3.

35. Veniunt * quoque filiorum appellatione nepotes, ubi eadem ratio subest, modò testatoris voluntas non repugnet. d. l. non aliter 69. pr. ff. d. legat. 3. Decian. d. consil. 47. n. 28. Vel * quotiens æquitas hoc suadet. Harppr. ad §. h. fin. n. 3. & 4.

36. Generalis regula est, * communi Dd. sententiâ comprobata: quòd in favorabilibus filiorum appellatione contineantur nepotes.

Ergò

Ergò * in testamentis quoque, ubi de commodo eorum agitur, continentur: nisi de contraria testatoris mente appareat. *l. Lucius 85. ff. d. heredib. instituend. Bartol. in d. l. liberorum 220. Decian. d. resp. 88. n. 54. vol. 2.* Nam * in testamentis testantium voluntates plenius interpretamur. *l. in testamentis 12. ff. d. R. I.* Et * quòd conditio favorabilis nepotes comprehendat; tradit Mantica *d. conject. ult. volunt. libr. 11. tit. 8 n. 20. & 21. Hondedæ. d. consil. 60. n. 71. & consil. 70. n. 36.* Unde * pactum quoque inter conjuges factum, ut bona filiis applicentur, nepotibus prodesse; tradit. Joh. Petr. Surd. *decis. 73. per tot.* Atque * in legatis & fideicommissis, in quibus conditio si sine liberis apposita est, nepotes ex verisimili testatoris mente filiorum appellatione contineri; statuit Hieronym. *d. Cævall. in specul. aur. commun. opin. q. 694. per tot. Add. Petr. Fab. d. c. 24. Timæ. Fab. disput. 7. th. 9. Bachov. in not. ad Treutl. p. 2. disput. 8. th. 2. lit. C. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 3. c. 4. lit. L.*

39.

40.

41.

42.

43.

De LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

TITUL. XV.

Controversia I.

Legitima Electoralis tutela in Imperio Romano testamentaria fieri non potest.

Summaria.

Extra controversiam esse videtur: quòd de jure Naturæ & Gentium Reges & Principes relictis liberis suis impuberibus tutores constituere possint. n. 1.

Idem non obtinet in Principibus Electoribus Imperii Romani. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. & 15.

Auræ Bullæ constitutio in aliis quoque territoriis & possessionibus præter Electoratum obtinet. n. 16. 17. & 18.

Quod limitatur. n. 19.

Sententiam nostram praxis & observantia comprobat. n. 20. § 21.

Tutori tamen legitimo suspecto testamentarius adjungi potest. n. 22. § 23.

Oppositio. n. 24.

Ejus solutio. n. 25. 26. § 27.

1. **H**OC quidem minimè controversum esse videtur: * An Reges & Principes de jure Naturæ & Gentium liberis suis impuberibus tutores constituere possint: cujus rei exempla ex Historicorum monumentis satis multa adducit Besold. *d. Reg. success. libr. 3. dissert. 3. n. 13. & seqq.* Verùm an idem obtineat in Principibus Electoribus Imperii Romani; valdè à Dd. nostris controversi videmus. * Negativam autem sententiam tam A. Bulla Sigismundi *d. Ann. 1413. & de Ann. 1434.* quàm Caroli IV. Imperatorum per expressum comprobatur c. 7. §. *folche* succession &c. dum constituitur ibi: ut mortuo Electore & primogenito ejus octodecim annis minore existente proximus agnatus tutelam ejus Electoralem gerere debeat. Ex * qua constitutione observandum: quòd ea necessitatem imponat: ut proximus agnatus & quidem senior tutelam hanc Electoralem administrare debeat. Quodocunque * autem lex necessitatem præcisè quid observandi imponit; nihil in contrarium disponere vel cavere potest testator: siquidem * lex id pro forma sive essentia introduxisse videtur; forma verò neque per dispositionem testatoris, neque per dispositionem contrahentium tolli vel mutari potest.
2. Nullius * quoque effectus esset illa A. B. dispositio, si nihil novi in ea præter jus commune disponderetur.
3. Propositum fuit * Carolo IV. lites & altercationes in Imperio Romano gliscentes tollere ac sopire: quod certè haud fecisset, si ejus Constitutioni ejusque verbis non præcisè inhæreri voluisset.
4. Tutela * hæc Electoralis jure Majoratus deferatur: cum eam lex proximiori & Seniori deferat. Quæ * autem jure Majoratus deferuntur; invito per testamentum adimi non possunt.
5. Si * successio Electoralis non est in dispositione Electoris, nec tutela in dispositione ejus erit: Electoralia enim * officia obit tutor Electoralis iisdemq; dignitatibus & præeminentiis gaudet, quibus Elector ipse fruitur.
6. Cujus * argumenti consequentia eò fortior est: quòd in ambabus Bullis Caroli IV. sc. & Sigismundi successio & tutela Electoralis semper connectantur. Quod * juris igitur obtinet in uno, in altero quoque obtinebit. Atquin successio non est in arbitrio & dispositione Electoris, Ergò nec tutela.

7. pro-

7. Proximus agnatus * ex singulari legis A. B. sc. dispositione & provisione jus habet quæsitum: proinde per ultimam Electoris voluntatem auferri hoc ei non potest. Quod * quis enim lege habet id ei per testamentum auferri non potest. *arg. l. 1. C. d. usufr. l. scire debetis 7. C. ut in possess. legat. nom. l. hoc modo 63. l. cum tale 71. §. ff. arbitrato ff. d. condit. & demonstrat.*

8. Fortissimè * pro sententia nostra hæc pugnat ratio: quòd in ambabus Bullis dispositum sit: jus hoc Electoralis tutelæ & administrationis perpetuis temporibus valere & inviolabiliter observari debere, adeoq; prorsus à nullo infirmandum esse.

Quæ * A. B. sanctio in cæteris quoque obtinet territoriis & possessionibus, imprimis verò Electoratu unitis. Tutor * enim toti datur patrimonio. *l. ceterum 12. ff. d. testam. tut. l. non solum 10. §. & quòd eod. tit. cum simil.* Quo * casu si alium lex daret alium testator, id nihil aliud esset, quàm gubernandi ordinem ipsasque leges fundamentales evertere. Quod * tamen secus est in casu, ubi Elector plures relinquit filios, & Primogenitus in Electoratu, in aliis verò territoriis vel bonis alii succedant. *post Georg. Everhard. consil. 27. q. 11. vol. 1. Besold. d. tut. & cur. c. 6. n. 6.*

9. Sententiam nostram * praxis & observantia comprobat. Ita enim Ludovici IV. Electoris Palatini frater Fridericus fratris sui Philippi testamentariâ rejectâ dispositione *An. 1449.* tutelam administravit. Et * Casimirus non attentâ fratris Ludovici V. Electoris Palatini testamentariâ dispositione filii ejus Friderici tutelam suscepit & gessit.

Veruntamen * legitimo tutori suspecto, quò minùs testamentarius adjungi possit tutor; nullam videmus rationem, quæ impediatur. Sic * prædicto Casimiro Illustrissimus Württembergiæ Dux & alii contutores adjuncti fuerunt: quos tamen Casimirus nunquam agnoscere voluit.

Impertinenter verò objiciuntur * hîc juris Privati principia & fundamenta: quòd sc. testamentaria tutela legitimæ præferri debeat. *l. si quis 11. ff. d. testamentaria tut. cum simil.* Præterquàm * enim quòd commercium tutelæ hujus Electoralis non habeat Elector, ut super eâ disponere possit; jus quoque singulare circa eandem tutelam Electoralem obtineat. Singularitatis ratio * hæc est: quòd Electoris munus insigne sit & splendidum: eligit enim E-

28.

lector ipsum Imperatorem, & cum Imperatore quasi consors sit Imperii. Convenit * igitur: Electoratus administrationem haud esse ambulatoriam, & pro libera defuncti Electoris dispositione in hunc vel illum etiam exteram familiam transferri posse. Henric. à Rosenthal. *in tract. d. feud. c. 12. concl. 10. n. 19.* Matth. Stephan. *d. jurisdict. libr. 2. p. 1. c. 5. n. 68.* D. Harpprecht. *ad §. 2. h. t. n. 4. & mult. seqq. tom. 1.* Nicol. Reufner. *consil. 11. n. 9. vol. 1.* Andr. Knichen. *d. Saxon. non provoc. jur. verb. Elector. c. 4. per tot.* Besold. *d. Reg. success. d. l. n. 11. & seqq. & in tract. d. tut. & cur. d. c. 6. per tot.* D. Rümmlin. *ad A. B. p. 1. dissertat. 7. n. 3.* Gerlac. Buxtorff. *ibidem th. 86.* Joh. Zeschlinus & Zachar. Friedenreich. *in tract. suis d. tut. Elect. legit.* Hotoman. *in tract. patr. & nepot. tit. d. German. Imper. lege.*

De CAPITIS DIMINUTIONE.

TITULUS XVI.

Controversia I.

Deportati mediam patiuntur capitis diminutionem.

Summaria.

Quid sit capitis diminutio. n. 1.

Capitis diminutionis tres sunt species, maxima, media & minima. n. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Veteres duplicem faciebant capitis diminutionem, maiorem & minorem. n. 8. 9. & 10.

Deportati mediam patiuntur capitis diminutionem. n. 11. & 12.

Cui contrarium esse videtur Callistrati I.C. responsum *in l. cognitionum §. §. consumitur. 3. ff. d. extraord. cognit. n. 13. & 14.*

Dominici Arumæi conciliatio. n. 15.

Quæ improbat. n. 16. 17. & 18.

Antonii Goveani conciliatio. n. 19.

Eius refutatio. n. 20. & 21.

Iacobi Rayardi conciliatio. n. 22.

Quæ rejicitur & auctoris conciliatio stabilitur. n. 23. 24. & 25.

Capitis.

Capitis * diminutio est status permutatio, veluti definit eam
 Gajus JC. in l. 1. ff. h. t. Paulus JC. in l. siue per status 2. ff. d. in
 integr. restit. & Justinianus Imperator in pr. h. t. Cujus * tres sunt
 species: Maxima scil. media & minima. Maxima capitis diminu-
 tio est: * cum libertas & civitas simul & consequenter familia
 amittitur: quod * accidit his, qui servi pœnæ efficiuntur, & qui
 se ad actum aliquem, aut ad pretium participandum venundari
 passi sunt. Media est, quâ civitas quidem amittitur, libertas
 verò retinetur: quod * accidit his, quibus aquâ & igni inter-
 dictum est, vel in Insulam deportatis: quæ pœna in locum aquæ
 & ignis interdictionis cessit. Minima * capitis diminutio est:
 cum civitas & libertas retinetur, familia verò mutatur: quod * ac-
 cidit his, qui cum sui juris fuerunt, coeperunt alieno juri subjecti
 esse, vel contrâ: si scil. filius familias manumissus fuerit. §. 1. 2.
 & 3. h. t. Veteres * autem capitis diminutionem duplicem facie-
 bant: majorem & minorem. Major erat * iis, quâ civitas & li-
 bertas amittebatur, siue simul siue separatim: ut sic major maxi-
 mam & mediam contineret. Minor erat, * quæ hodie minima
 dicitur, quando familia mutabatur. l. 1. §. si filius 4. ff. d. suis &
 legit. hered. instit.

An deportati maximam, vel mediam patiantur capitis dimi-
 nutionem ingens est controversia, propter textus, qui sibi contra-
 rii esse videntur. Sanè * mediam pati capitis diminutionem de-
 portatos in §. 2. h. t. per expressum sancitum est. Sicut etiam in l.
 rei capitalis 2. §. constat 1. l. sunt quidam 17. §. 1. ff. d. pœn. l. 1. §. ca-
 pitis minutio 8. ff. ad Sct. Tertyl. l. 1. §. hi quibus 2. ff. d. legat. 3. l. non
 facile 4. §. is cui fin. ff. d. grad. & affin. l. res uxoris 24. C. d. donat. int.
 vir. & uxor. Et * facit l. ex. facto 17. §. si quis 6. ff. ad Sct. Trebell. ubi
 inter deportatos & servos pœnæ manifesta fit oppositio.

Quibus * textibus contrarium esse videtur responsum Cal-
 listrati in l. cognitionum 5. §. consumitur 3. ff. d. extraordin. cognit. ubi ita
 respondet JC. Consumitur verò, quotiens magna capitis minutio inter-
 venit, id est cum libertas adimitur: veluti cum aquâ & igni interdici-
 tur, quæ in persona deportatorum venit, vel cum plebejus in opus me-
 talli, vel in metallum datur. Ex * qua lege videri posset, depor-
 tatos maximam pati capitis diminutionem: postquam enim de
 consumptione existimationis dixit Callistratus, tanquam exem-

plum subdicere videtur: *cum libertas adimitur veluti aqua & ignis interdictione, quæ in persona deportatorum veniat.*

15. Dominicus Arumæus * *Exercit. 3. thes. 10.* textus hosce pugnantes ita conciliare studet: quod scil. deportatio respectu consumptæ existimationis magna dicatur capitis diminutio, vel ejus effectus; aliàs verò non sit magna, sed media capitis diminutio.
16. Verùm * hæc conciliatio ideò procedere non potest, quod ipsa textui apertè repugnet: quippe dicitur *in d. l. 5. §. 3.* consumi existimationem, cum libertas adimitur, quomodò hoc fiat per exempla demonstrat JC. quando dicit: *veluti cum aqua & igni interdicitur, quæ in persona deportatorum veniat, &c.* Et * ergò vi textus hujus deportatis libertas adimi videtur, ubi verò adimitur ea,
17. ibi quis maximam patitur capitis diminutionem: quod * non solum respectu consumptæ existimationis, sed etiam aliorum effectuum ademptæ libertatis intelligendum erit.
19. Antonius Goveanus, * *libr. 2. lect. variar. cap. 11.* Duarenus, *disputat. annivers. libr. 1. cap. 9.* Cujacius *ad §. 2. h. t.* eosque secuti
20. D. Harpprechtus *ibidem n. 5.* & Ungepaur *Exercitat. 4. q. 6.* * distinguunt inter jus Quiritium sive civile & inter jus Gentium: ita ut illo jure libertatem amittant deportati & maximam patiantur capitis diminutionem, non autem jure Gentium. Quæ commentitia est conciliatio & *d. §. 2.* omninò contraria, in quo dicitur: *mediam deportatos pati capitis diminutionem*, quod procul dubio secundum jus civile erit intelligendum. Neque * enim propositum ibi Justiniano, jus Gentium referre, sed jus civile tradere; quod distinctionem illam capitis diminutionis invenit, quæ juri Gentium prorsus incognita erat.
22. Jacobus Rævardus * *varior. libr. 3. cap. 5.* objectum textum *d. l. 5.* mendosum esse contendit & pro verbis *veluti cum* reponit verba *vel utiq; cum*: ut sensus sit: consumi existimationem, quotiens magna intervenit capitis minutio, quòd contingat non solum cum libertas adimitur & sic maximam quis patitur capitis diminutionem, sed etiam ubi quis mediam patitur. Quæ * responsio quidem vera est & approbanda; non tamen necessum videtur, ideò textum *d. l. 5.* mendi alicujus insimulare, & pro verbis *veluti cum*
24. reponere *vel utiq; cum*: siquidem * retento verbo *veluti* idem
25. esse potest *d. l. 5.* sensus: non * enim dictum verbum *veluti* ad proximè

proximè præcedentia verba *cum libertas adimitur*, sed ad antecedentia & remotiora verba *consumitur* verò referendum est: quâ constructione attentâ, perinde est, ac si in d. l. 5. §. 3. vocabulum *vel* pro *veluti* fuisset positum. Vid. & Aberic. Gentil. 3. lect. 10. ubi particulam *veluti* distrahit & legit *vel uti* Bachov. ad d. §. 2. h. t. n. 5. qui ex Anton Augustin. tradit: in Pandectis Florentinis nullas aut rarissimas esse distinctiones & interpunctiones.

Controversia II.

Emancipatus capitis diminutionem hodie non patitur.

Summaria.

Controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Cui obijcitur. n. 6.

Respondetur. n. 7. & 8.

Uterius obijcitur. n. 9.

Respondetur. n. 10.

Duplici causâ minimam capitis diminutionem patiebatur olim emancipatus. 1. Quod * in imaginariam deducere-
tur servitutem: l. *liberos* 3. §. *emancipato* 1. ff. h. t. & 2. quod * fa-
miliam mutaret: d. l. 3. pr. ubi arrogatus propter familiæ muta-
tionem minimam capitis diminutionem pati dicitur. Cum * igi-
tur jure novo pristinæ emancipationis solennia sint sublata l. *cum*
inspeximus 6. C. d. *emancipat. liber.* & jure novissimo familiam
non amplius mutet emancipatus; neque minimam patietur ca-
pitis diminutionem. Novissimo * autem jure familiam non mu-
tare emancipatum, exinde patet: quod civili familiæ jure, in agna-
tione consistente, hodie sublato patri absque contradictione
succedat, Novell. 118. cap. 4. solo naturali familiæ, cognationis scil.
jure inspecto. *auth. in successione* C. d. *suis & legit. &c.* Et * diffe-
rentiam inter suos & emancipatos sublatam esse hodie; constat ex
d. Novell. 118. c. 1. & 4.

Cui * non officit: quod sui juris fiat emancipatus. Non
* enim ideo sequitur, emancipatum minimam pati capitis di-
minu-

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8. minutionem. Minima * namq; capitis diminutio haud consistebat olim in patriæ potestatis mutatione sive sublatione, sed familiæ mutatione, quæ hodie amplius non mutatur.

9. Deinde * non obest : emancipatum sibi hodie acquirere
10. non patri. Etenim * hoc idem est, quod sui juris fiat emancipatus, non quod familiam mutet : quippe consistit hodie familia in jure naturali ; quare per emancipationem jure Civili introductam tolli vel mutari non poterit. § *sed naturalia* 11. *Instit. d. jur. natur. gent. & civil. §. sed agnationis* 3. *Instit. d. legit. agnat. tut.* Anton. Govean. 1. *variar. lect. c. 26.* Wesenbec. *ad §. 4. h. t. n. 6. & 7. ibiq; Bachov. p. 174. & seq. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 6. cap. 17. in not. lit. N.*

De ATTILIANO TUTORE, &c.

TITULUS XX.

Controversia I.

Tutelæ datio specialis legis est.

Summaria.

Jurisdictio à iure dicundo dicitur. n. 1. 2. & 3.

Jurisdictio generalissimè, generaliter & specialiter accipitur in jure nostro. n. 4. & 5.

Quid sit merum Imperium. n. 6.

Quid mixtum. n. 7.

Quid comprehendat in se jurisdictio, generaliter accepta. n. 8. & 9.

Tutelæ datio legis est specialis. n. 10. 11. 12. & 13.

Adversari videtur l. jui dandi 3. ff. d. tut. & curat. dat. ab his &c. n. 14.

Respondetur. n. 15.

Adversari quoque videtur. l. 1. ff. d. offic. ej. cui mandat. est jurisd. n. 16.

Respondetur. n. 17. 18. 19. 20. & 21.

Obstare etiam videtur. §. 4. h. t. n. 22.

Respondetur. n. 23.

Moribus nostris tutelæ datio legis amplius non est; sed jurisdictionis sive Imperii. n. 24. & 25.

1. **J**urisdictio * non à *juris & ditione* ut volunt Glossa & Bartolus;
2. 3. *in l. 3. ff. d. jurisdict. sed * à jure dicundo* rectius deducitur: quæ * etymologia tam nomini quàm rei convenientior est. *arg. rubric. l. 1. ff. d. juris-*

d. jurisdict. & l. si filius 12. ibi: etenim jus dicenti propositum est, liberos omnibus hereditariis non sponte susceptis liberare. ff. d. vulgar. & pupillar. substit.

Accipitur * verò jurisdictio vel generalissimè, vel generaliter, vel specialiter. Generalissimè accepta ea * omnem jurisdictionem complectitur, tam merum, quam mixtum imperium, tam simplicem notionem, quam jurisdictionem in specie dictam, etiam ea quæ specialem legis desiderant concessionem: quæ plenissima in *l. si in aliam 7. §. cum plenissimam ff. d. offic. Proconsul. & legat. & omnimoda dicitur. in clement. unic. §. iisdem verb. omnimodam ab* Gloss. & Dd. *d. for. compet.*

Merum * imperium est habere gladii potestatem, ad animadvertendum in facinorosos. Mixtum * imperium est: cui jurisdictio inest: quod in danda bonorum possessione consistit. &c. *l. imperium 3. & leg. seq ff. d. jurisdict.*

Generaliter * jurisdictio est cognitio causarum civilium: quæ vel nuda est, ut pedaneorum iudicum, vel legitima. Quæ * vicissim vel à lege datur, vel jure Magistratus competit: & hæc jurisdictio in specie dicitur.

Inter ea verò quæ specialem desiderant legis concessionem refertur quoque tutoris datio: quod * enim hæc neque imperii sit neque jurisdictionis, sed ei soli competat, cui nominatim dedit hoc vel lex, vel senatusconsultum, vel Princeps; disertè respondit Ulpian. *lc. in l. tuto 6. §. tutoris datio 2. ff. d. tutel.* Quomodo * comparit ea Prætori Urbano adhibitâ majore parte Tribunorum plebis ex L. Attilia, & Præsidibus ex L. Julia Titia, Præfecto Urbi ex Epistola Divi Severi. *l. Titius 45. §. Roma 3 ff. d. excusat. l. 1. §. solent. 7. ff. d. offic. præfect. urb.* Item ex constitutione Divi Marci Juridico Alexandriæ, *l. ult. ff. d. offic. jurid.* & rursus Prætoribus ex constitutionibus; *§. 3. h. r.* in specie * autem Magistratus tutelares creatos esse ex constitutionibus Claudii & Antonini Imperatorum; ex Suetonio & Capitolino probat Bachovius. *in not. ad Treutler. p. 2. disput. 8. th. 1. lit. E.* Unde * plus non possunt Magistratus circa tutelam, quam ipsis à lege est concessum; *l. ventri 20. ff. d. tut. & curat. dat. ab his & c.* nec tutelæ dationem alteri rectè demandant. *l. nec mandante 8. pr. ff. d. tut. & curat. dat. ab his & c. l. actus legitimi 77. junct. l. nemo. 123. pr. ff. d. R. I.*

14. Quib⁹ * non contradicit *l. jus dandi 3. ff. d. tut. & curat. dat. & c.* ubi jus dandi tutores omnibus Magistratibus Municipalibus tribuitur. Etenim * Magistratus Municipales non sibi vindicant jus hoc
15. jure Magistratus, sed ex speciali legis concessione.
16. Non * etiam repugnat huic sententiæ: quod ea quæ mandari possunt, jure Magistratus competant; *l. 1. ff. d. offic. ejus cui mandat. est jurisd.* tutoris autem datio mandari possit. §. *sed hoc 4. ibi: Magistratus jussu Præsidum. h. t.* Respondemus * enim: *in d. §. 4.* non mandatum vel jussum, sed admonitionem quandam contineri, ut inferiores Magistratus officium suum faciant. Deinde * non ad-
18. versa est *l. 1. ff. d. tut. & curat. dat. ab his & c. junct. l. Legati 13. ff. d. offic. proconsul.* quippe * nam Proconsul jus hoc dandi tutores mandat Legato suo non ex libero arbitrio, sed ex legis necessitate: tenetur
19. enim * ad hoc Proconsul. *l. observare 4. §. post hæc 6. d. t.* Sicque
20. * jus hoc habet Legatus Proconsulis, non tam ex Proconsulis man-
21. dato, quàm potius ex ipsius legis provisione, ex Divi Marci sc. constitutione. *d. l. 1. d. tut. & curat. dat. ab his & c.*
22. Sicut * nec sententiæ nostræ contraria sunt §. *4. h. t.* illa verba:
23. *vel Prætor secundum suam jurisdictionem* siquidem * referri ea debent non ad potestatem dantis tutorem, quasi à jurisdictione dependeat tutelæ datio; sed ad personas, quibus dantur tutores: ut aliis non dentur, nisi Prætoris jurisdictioni subjectis. *vid. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 3. c. 7. lit. F. Ungepaur. Exercit. 4. q. 7. & Bachov. d. l. Andr. Gerh. decad. 3. q. 2.*
24. Verùm * hodie cum quilibet Magistratus tutorem dare possit, tam de jure novissimo, Reformation guter Pollicen zu Augspurg. An. 1548. auffgericht tit. von der pupillen vnd Minderjârigen Kindern tutorn vnd Vormündern / §. so wollen wir allen ac. quàm de consuetudine; non ineptè dici posset: * moribus nostris tutelæ dationem
25. non esse ampliùs legis, sed jurisdictionis sive Imperii: veluti notant

hoc Andreas Geilius, *1. observat. 1. n. 48. Schneidevvinus*

ad §. 5. h. t. n. 4. & Vultejus ad §. 4.

eod. n. 10.



Controversia II.

Tutela est juris Civilis.

Summaria.

Sententia nostra firmatur. n. 1.

Cui obijcitur. n. 2.

Respondetur. n. 3. & 4.

Responsio exemplis confirmatur. n. 5. 6. & 7.

QUOD * tutela sit juris Civilis; ex definitione tutelæ in §. 1. instit. d. tutel. & l. 1. ff. eod. tit. colligitur: ubi ea jure Civili data & permilla dicitur.

Cui * minimè contradicit §. fin. h. t. ubi ait Justinianus Imperator: quod impuberes in tutela sint; juri naturali conveniens esse, ut is qui perfectæ ætatis non sit, alterius tutelâ regatur.

Quamvis * enim juri naturali conveniens sit tutela; tamen à jure quoq; civili confirmata est, permilla, aucta & formata. Nam * jus Civile est, quod non in totum à naturali ratione recedit neque in totum ei servit. l. jus civile 6. ff. d. justit. & jur. Ita * patria potestas est juris naturalis ac Gentium, & tamen juris Civilis quoque esse dicitur, veluti hoc in controv. 1. tit. 9. suprâ traditum fuit. Ita * testamenti factio juri naturali est conveniens: cum homines post mortem suam velle amplius non possint; quæ nihilominus tamen juris Civilis rectè dicitur. Sic * etiam omnes contractus juri naturali in genere sunt convenientes, & tamen formæ ratione juris sunt Civilis. Et * actio juri naturali est conveniens, quæ nihilominus juris Civilis rectè dicitur. Atque sic infinita sunt alia, juri naturali in genere convenientia, quæ deinde à jure Civili aucta sunt & formata, ideòq; juris esse Civilis verè dicuntur.

De

AUCTORITATE
TUTORUM.

TIT. XXI.

Bb 2

Con-

Controversia I.

Pupillus sine tutoris autoritate contrahens naturaliter non obligatur.

Summaria.

Intricata est præsens controversia. n. 1.

Controversia nostra non est de infante, sed pubertati proximo. n. 2. & 3.

Pupillus sine tutoris autoritate contrahens naturaliter non obligatur. n. 4.
5. 6. 7. 8. 9. & 10.

Nisi locupletior fuerit factus. n. 11. 12. & 13.

Quod ex benigniori juris interpretatione in infantia quoque proximo receptum est. n. 14.

Hodie ex Divi Pii Rescripto pupillus sine tutoris autoritate contrahens & locupletior factus civiliter quoque obligatur. n. 15.

Obstat. l. si pupillus 124. ff. d. V. O. n. 16.

Responsio. n. 17. 18. & 19.

Obstat. l. cum illud 25. §. 1. ff. quand. dies legat. ced. n. 20. & 21.

Responsio. n. 22. & 23.

Obstat l. Stichum, 95. ff. d. solut. n. 24.

Responsio. n. 25. & 26.

Obstat l. obligari, 27. ff. d. O. & A. n. 27.

Responsio. n. 28. 29. & 30.

Obstat & l. ait. Ptator. 7. §. pupillus 4. ff. d. negot. gest. n. 31.

Responsio. n. 32.

Dominici Arumæi instantia datae responderetur. n. 33. 34. & 35.

De casu pupilli locupletioris facti loquitur quoque l. 1. §. 1. ff. d. Novat. & de legat. n. 36.

IN controversia hac extricanda * multum se torquent Interpretes nostri: propter textus juris, qui sibi contrarii esse videntur. De * infante autem huc nulla est quaestio: quippe qui nullum plane habet intellectum nullumque consensum, ideoque nec tutore auctore obligari potest. §. pupillus 9. instit. d. inutil. stipulat. l. 1. §. 2. ff. d. administr. & peric. tut. l. 1. §. conventionis 3. circ. fin. ff. d. pact. Sed * de pubertati proximo quaestioni locus est: d. §. 9. qui * certe naturaliter non obligatur: l. pupillus 59. ff. d. O. & A. ubi pupillus mutuam accipiendo pecuniam ne quidem jure naturali obligari dicitur.

Idque * evidenter quoque probat: l. interdum 29 ff. d. condict. indebit. in qua pupillo sine tutoris autoritate solventi repetitio datur. Naturaliter * igitur obligatus non fuit pupillus: cum in naturali

turali obligatione denegerur repetitio. *l. naturaliter 13. pr. ff. d. cond. indebit.* Quod * verò naturaliter non obligetur pupillus, sine tutoris autoritate contrahens, ratio hæc est: quod fragilis, imperfectus & mancus ejus sit consensus: Ergò imperfecta & manca quoque erit obligatio ejus. Id ipsum tali probamus argumento: Quocunque * jure imperfectus est pupilli consensus, eodẽ jure imperfecta quoque ejus est obligatio. Atquin naturæ jure imperfectus est pupilli consensus. Ergò eodem naturæ jure imperfecta quoque ejus est obligatio. Major * propositio probatur: quod obligatio ex consensu tanquàm effectus ex causâ oriatur. Cessante igitur causâ, cessat quoque effectus. Minorem * nemo nisi stolidus negabit. Si enim fragilis & imperfectus non esset pupilli consensus, autoritate & consilio tutoris opus non haberet.

Verum * si locupletior factus esset minor, vel dolum commisisset in contrahendo, naturaliter obligaretur. *d. l. naturaliter 13. §. 1. & l. seq. ff. d. condict. indebit.* Illud * est non ratione consensus, sed ratione rei quæ penes pupillum est, & quod naturâ æquum sit, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores. *d. l. nam hoc naturâ 14. ff. d. condict. indebit.* Hoc * verò est, quod dolus nemini patrocinari debeat. *c. cum haberet. x. d. eo qui dux. in matrim. quam poll. per adult. c. ex literis d. dol. & contum. c. sedes d. rescript. l. in fundo 38. ff. d. R. V.* Et * hoc ex benigniori juris interpretatione in infantia quoque proximo receptum est. *d. §. 9. instit. d. inutil. stipulat. d. l. 1. §. 2. ff. d. administr. & pericul. tut.* Quin * hodie ex Divi Pii rescripto pupillus locupletior factus civiliter quoque obligatur. *l. ait Praetor 3. §. pupillus. 4. ff. d. negot. gest. l. sed mihi 3. pr. ff. commodat.*

Non * adversatur *l. si pupillus 127. ff. d. V. O.* ex qua colligi posse videtur: idè rectè ibi conveniri fidejussorem, quod substituerit principalis pupilli obligatio, aliàs enim fidejussoris obligatio accedere ei non potuisset. Etenim * convenitur in *d. l. 127.* fidejussor non ex obligatione accessoria, tanquàm fidejussor; sed ex propria obligatione, tanquàm principalis: donandi * enim animo obligare se censetur fidejussor, quotiens mandati actio ei non competit: quæ * certè fidejussori adversus pupillum hîc denegatur: veluti probat hoc textus elegans in *l. quod dictum 32. ff. d. pact. & in l. Marcellus 25. ff. d. fidejuss.*

20. Non * adversatur etiam *l. cum illud 2. §. 1 ff. quand. dies legat. ced.* ubi pupilli sine tutoris autoritate mutuò accipientis nummos, nec locupletioris facti debitum, in præsens legatum, nullius momenti esse dicitur: nisi verbo debiti naturalem obligationem & futuram obligationem cogitaverit testator. Cujus * legis sensus est: quòd, si locupletior factus non sit pupillus, qui sine tutoris autoritate contraxit, cesset quidem civilis obligatio; non tamen naturalis.
21. Etenim * respondemus: non agi *in d. l. 25. de naturali obligatione*, quæ ab initio, scilicet conventionis tempore talis fuerit, sed ex accidenti & postfacto talis facta est. Nimirum * ubi pupillus sine tutoris autoritate contrahens & sciens se obligatum non esse, nihilominus tamen postea ratificet illam conventionem & solutionem faciat.
22. Deinde * non contrariatur *l. Stichum 95. §. aditio. 2 ff. d. solut.* ubi respondet Papinianus J.C. quòd creditor, qui pupillo sine tutoris autoritate nummos crediderat, non quantò locupletior factus consequatur; sed in solidum creditum suum ex hæreditate retineat.
23. Respondemus * namq; *in d. l. 95.* non ideò creditorem & hæredem in L. Falcidiæ deductione retinere creditum, quasi naturaliter obligatus fuerit pupillus; sed ex æquitate naturali: quòd * creditor de damno vitando certet, legatarii verò vel fideicommissarii de lucro captando; de damno autem vitando certantis potior semper ratio haberi debet, quàm lucrum captantis.
24. Multò minus * adversa est *l. obligari 43. ff. d. O. & A* ubi pupillus sine tutoris autoritate contrahens non obligari jure civili dicitur. Ergò à contrario sensu jure naturali obligatur. Respondemus enim: * quod unius positio non statim sit alterius exclusio. Deinde
25. * respondemus: argumentum à contrario sensu haud procedere, ubi
26. textus est in contrarium. Sed * in contrarium sunt textus suprà adducti: quòd pupillus sine tutoris autoritate contrahens naturaliter non obligetur.
27. Sicut * nec adversa est *l. ait Prætor 3 §. pupillus 4 ff. d. negot. gest.* ubi pupillus negotiorum gestor agendo compensationem ejus quod gessit pati dicitur. Respondetur * namque *d. §. 4. de casu* loqui pupilli locupletioris facti. Nec * est quòd regerit hîc Arumæus: *Exercit. 3. th. 13.* quòd ex mala gestione nemo fiat locupletior: quippe * de mala gestione nihil dicit, *d. l. 3.* sed simpliciter de gestione

gestione. Itaque * termini habiles erunt præsupponendi, sc. illi, quibus locupletior factus est pupillus. Et * de casu locupletioris facti pupilli loquitur quoque lex 1. §. 1. circ. fin. ff. d. novat. & delegat. Vid. Jacob. Cujac. ad d. l. 127. ff. d. V. O. & libr. 17. observat. 4. D. Bocer. d. invest. feud. c. 3. n. 5. Johann. Goëddæ. in tract. d. contrah. & committend. stipulat. c. 7. n. 239. & seqq. Treutler. p. 1. disp. 6. th. 5. lit. B. Vultej. discept. scholast. 16. Borchold. d. V. O. c. 3.

35.
36.

Controversia I I.

Pupilli ex delicto obligantur.

Summaria.

Pueri & infantes delinquere haud possunt. n. 1. & 2.

Nec injuriarum, nec *L. Cornelia de sicar.* tenentur. n. 3. & 4.

Pubertati proximi ex delicto obligantur, modo doli sint capaces. n. 5. 6. & 7.

Idemque in infantia proximo doli capace obtinere videtur. n. 8.

Obligatur impubes siue delictum in committendo, siue omittendo consistat. n. 9. & 10.

Excipitur adulterium. n. 11.

Miti is tamen punitur impubes majore. n. 12. 13. & 14.

Ex Constitutione Carolina criminali impuberes poenâ furcæ non puniuntur nisi furtum magnum fuerit, vel aliæ circumstantiæ concurrant. n. 15. & 16.

Quod exemplo probatur. n. 17.

Pueri * vel infantes delinquere non possunt: cum non magis quam furiosi voluntatem habeant. *l. pupillus 9. ff. d. adquir. vel omitt. heredit. l. pupillus nec 189. ff. d. R. I.* Affectu * autem & voluntate distinguuntur maleficia. *l. veram 39. ff. d. furt.* Unde * si injuriam fecerint, ætas excusationem meretur *l. 1. §. impubes 32. ff. ad Ed. Syllan.* Et * si hominem occiderint pueri vel infantes, lege *Cornelia de Sicariis* non tenentur. *l. infans 12 ff. ad L. Cornel. d. Sicar.*

Pubertati * autem proximi obligantur ex delicto. *l. pupillum 11. ff. d. R. I.* ubi pupillus pubertati proximus capax esse & furandi & injuriæ faciendæ dicitur. Modò * tamen doli capaces sint. *l. impubere 23 ff. d. furt. l. illud relat. 3. §. 1. ff. d. injur. l. impunitas 7. C. d. poen. §. in summa pen. instit. d. obligat. quæ ex delict. nasc.* In * criminibus enim ætatis suffragio non juvantur minores: & malorum mores

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

injur-

- infirmetas animi non excusat. l. 1. C. si advers. delict. Philipp Matth. ad l. 108. ff. d. R. I. n. 12. & seqq. Idemque * de infantia proximo qui doli capax dicendum videtur. D. Magir, ad d. l. 111. n. 8. Philipp. Matth. ad d. l. 108. n. 15.
9. Obligatur * autem Impubes, sive delictum in committendo, sive in omittendo consistat: l. excipiuntur 14. ff. ad Sct. Syllan. ob * rationis identitatem. Excipitur * adulterium, quod in impuberem haud cadit. l. si minor 36. ff. ad L. Iul. d. adult. Salyc. ad l. 7. C. d. pœn.
10. 11. Mitius * tamen puniri impuberem quam majorem; omnino rationis est: c. 1. x. d. delict. puer: ferè * enim in omnibus pœnalibus judiciis ætati & imprudentiæ succurritur. l. ferè 108. ff. d. R. I.
12. Unde tradit * Julius Clarus recept. sentent. §. fin. q. 56 n. 2. pupillum in omnem casum nunquam capitali pœnâ affici pro quocunq; gravi delicto, sed pœnam ejus citrà mortem vel membri mutilationem esse debere. Atque * hodie impuberes doli capaces ob furtum pœnâ furcæ non affici, sed vel verberibus, vel aliâ pœnâ arbitrariâ puniendos esse; in Constit. Carolin. criminali artic. 164. post princip. constitutum est. Nisi * tamen furtum magnum fuerit, vel præter doli capacitatem etiam aliæ circumstantiæ concurrant: quibus casibus suspendio puniri potest pupillus. d. Constit. Carol. versic. vnd der Diebstall so groß ic. Matth. Berlich. practica. conc. p. 5. concl. 44. n. 35.
13. 14. 15. 16. 17. & seq. Ita * nos novimus exemplum pupilli pubertati proximi, qui furtorum accusatus erat & convictus & jam ad judicium ductus, antè verò ipsi mors annunciata ideoque peccata sua Sacerdoti confessus inter ducendum cultrum furatus, suspendio punitus fuit: cui judex antè vitæ gratiam decreverat, quam impetrasset, nisi pœnitentiæ suæ desperatissimum edidisset exemplum.

Controversia III.

Quis infantia vel pubertati proximus; judicis arbitrio relinquitur.

Summaria.

Infans quis dicatur. n. 1.

Quis pubertati proximus, Glossæ & Innocentii sententia. n. 2.

Accusati de hoc sententia. n. 3.

Cuius sententia tanquam communis obtinuit. n. 4.

Autoris sententia, id iudicis arbitrio relinquentis. n. 5. & 6.

Adversa esse videtur. l. non tantum 17. pr. ff. d. excusat. tut. n. 7. 8. 9. 10. & 11.

Autoris sententiam Salycetus & alii amplectuntur. n. 12.

INfans * dicitur, qui septennium nec dum complevit. l. si infan-
ti 18. C. d. jur. deliber. Sed quis infantia vel pubertati proximus sit,
apud Doctores nostros valde controversum est. Glossa * & Inno-
centius in c. continebatur d. desponsat. impub. statuunt: pubertati pro-
ximum esse, qui à pubertate sex plus minus mensibus distat. arg. l.
non tantum 17. pr. ff. d. excusat. tut. Accursius * verò in l. 1. ff. d. no-
vat. & delegat. & in §. pupillus 9. instit. d. inutil. stipulat. & Panormitan⁹
in d. c. continebatur x. d. desponsat. impub. sentiunt: ex eo tempore quem
pubertati proximum esse, quod inter infantiam & pubertatem me-
dium est: in masculis sc. anno decimo & semestri; in foeminis verò
anno nono & dimidio: quorum * sententiam obtinuisse & com-
munem esse; dicunt Philippus Decius & Hieronymus Cagnolus ad
l. 111. ff. d. R. I. Eamque sequitur Johannes Schneidevvinus ad h. t.
n. 12. & 13.

Verum * nos illorum adstipulamur sententia, qui hoc ju-
dicis arbitrio relinquunt. Nam * pro Regula traditur: quod ex
iudicis arbitrio pendere debeat id, quod expressè in iure definitum
non est. l. 1. ff. d. jur. deliber. l. mora 32. pr. ff. d. usur. c. ult. x. d. transact.
Menoch. d. arbitrar. judic. quest. cas. 57. n. 44.

Neque * obstat d. l. non tantum 17. pr. ff. d. excusat. ubi propè
pubertatem is dicitur; cui ad eam complendam semestris tempus
reliquum est. Etenim * d. l. 17. decisio in tutelæ excusatione pro-
cedit, nec ad alios casus, in quibus diversa subest ratio, extenden-
da. Ubi * autem de obligatione pupilli sive in contractibus, sive
delictis quaeritur, diversa obtinet & consideranda est ratio: quip-
pe & dolus in considerationem hinc venire debet, qui citius vel tar-
dius in uno apparere potest, quàm altero. Nam * ut Viglius Zui-
chemus in §. testes instit. d. testament. dicit: in pueris unus altero
præcociore est intellectu, citiusque dolum capiunt qui in urbe
educantur, unde astuti dicuntur: & una gens altera callidiores ha-
bet pueros. Proinde * rectè monet Johannes Corasius: miscellan.
libr. 6. c. 23. quod iudex non solum annorum numerum, sed etiam
criminis qualitatem, & ætatis dolique malitiam probè expendere

12.

necessè habet. Eandemque * sententiam nostram tuentur Saly-
cetus, ad l. 7. C. d. pæn. Menoch. d. l. Arnold. Reyger in thesaur.
practic. verb. infans n. 16. Philipp. Matth. ad l. 108. ff. d. R. l. n. 40.
& seqq.

Controversia IV.

*Tutor in ipso negotio præsens esse & perfecto
negotio auctoritatem suam interponere
debet.*

Summaria.

Actus vel contractus absque tutore à pupillo celebratus irritus est & nul-
lus. n. 1. 2. & 3.

Quomodo auctoritas tutoris ritè interponatur. n. 4. 5. 6. & 7.

Tutor post tempus auctoritatem suam interponendo nihil agit. n. 8. 9. 10.
11. & 12.

Quod cum temperamento accipiendum est. n. 13. 14. & 15.

Bachovii opinio, sententis, etsi præsens non sit tutor si tamen superveniens
postea ratificet actum, rectè interpositam esse ejus auctoritatem n. 16.

Quæ improbat. n. 17. 18. 19. 20. & 21.

Bachovii sententia est, etiam ante negotium ritè tutorem auctoritatem suam
interponere. n. 22.

Quæ non acceptatur n. 23. & 24.

1. **P**upillus * absque tutore autore nullum actum nullumque
contractum celebrare potest, sed quicquid absque eo agit ir-
ritum est & nullum: tutor * enim negotio pupilli tam animo
quàm corpore præsens esse l. 1. in fin. l. non tantum 14. ff. h. t. &
3. * perfecto negotio autor fieri debet. l. obligari 9. §. pen. eod. tit. l. si
id quod 7. in fin. ff. d. rescind. empt. vendit. l. nunquam 3. ff. d. usucap. l. si
4. quis 25. §. jussu ff. d. adquir. heredit. Ut * igitur ritè auctoritatem
suam interponat tutor, necessum est 1. ut præsens sit negotio perfi-
ciendo, & * deinde ut perfecto negotio ratificet illud & auctori-
5. te suâ confirmet. Quod * fit si vel ipse tutor cum pupillo tractet
6. negotium, vel si solus agat pupillus, præsente tamen & vidente
7. tutore, & deinde perspecto & perfecto negotio auctoritatem
suam accommodante & negotium approbante. Nam * autorem
fieri

fieri est, negotii à pupillo gesti, & plenè ac planè cogniti legitima approbatio, etiam absque præcedente interrogatione: secundum Paulum J.C. in l. etiamsi 3. ff. h. t.

Post * tempus verò, vel per Epistolam si auctoritatem interponat tutor, nihil agit: §. tutor 2. h. t. l. 9. §. pen. ff. eod. tit. paria enim sunt non interponi auctoritatem, & non ritè interponi. l. nulla 2. ff. h. t. Ex * intervallo verò haud ritè interponitur. Nam auctoritas tutoris ad solennitatem actus vel contractus pertinet; ideoque citrà nullitatem dividi ab eo non potest. l. continuus 139. ff. d. V. O. Et * quod ab initio nullum est, ex postfacto non potest confirmari. l. quod ab initio 30. ff. d. R. I. Quò * confert quod tradit Baldus in l. 7. C. qui admitt. &c. Jason. in l. 1. §. 1. ff. d. V. O. & Mynsing. cent. 2. observat 34. quòd si ex forma statuti in contractu mulieris vel minoris requiratur, ut consensus consanguineorum interveniat, priusquam perveniatur ad contractum; intervenire ille debeat: quia ipse consensus sit de substantia & forma actus; ideoq; in ipso actu intervenire debeat. Unde * in statutis Würtembergicis dispositum est: p. 3. tit. 9. §. fin. pag. 362. quòd unio prolium, sine consensu tutorum & proximiorum consanguineorum inita, à tutoribus & consanguineis aliter ratificari & confirmari non possit; quàm si minores in hoc consensum suum præbeant.

Quòd verò in ipso negotio præsentem autorem fieri debere tutorem dictum est: id * cum temperamento aliquo accipiendum: ita scil. quòd tutor præsens in ipso negotio, post negotium verò in continenti tamen autor fieri & illud autoritare suà ratificare possit: quæ * enim in continenti sunt, negotiis ipsis inesse dicuntur. l. juris gentium 7. §. quinimò 5. ff. d. pact. Itaque * auctoritas tutoris post modicum tempus interposita tantum operatur, quantum si in ipso negotio intervenisset.

Non * tamen hîc assentiri possumus Bachovio, ad §. 2. h. t. dum putat: quòd, etiamsi negotio præsens non fuerit tutor, si tamen postea superveniens id edoctus approbet; ritè nihilominus ejus interposita sit auctoritas. Etenim * præsentia hîc requiritur tutoris, & ut perfectum negotium ratificet. Atquin * ubi duo copulativè requiruntur, in primis in actus alicujus solennitate, non sufficit unum adimpleri, sed utrumque adimpleri debet. Et * hoc specialem hîc rationem habet: nam etsi informari possit tutor in

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

- negotio peracto; tamen ab alio non ita potest informari, quam si ipse præsens totum negotium agi & tractari oculatus vidisset.
20. Posset * etiam contingere, ut malè informaretur, vel persuaderetur tutor, ut in negotium maximè damnosum pupillo absente
21. se peractum consentiret: quod * non tam facilè fiet, si ipse præsens sit tutor & totum negotium peragi ac tractari videat, cui postea deliberatione habitâ in continenti, vel post modicum tempus consensum suum accommodet idq; ratificet.
22. Multò * minùs verò concesserimus Bachovio *ad* §. *h. 2.* & Cujacio *13. observ. 31.* tutorem ante negotium auctoritatem suam ritè interponere posse, si nimirum discessurus tutor accuratè præscribat pupillo, quomodò gerendum sit negotium, quâ servatâ præscriptione ritè interposita sit tutoris auctoritas. Nam * de solennitate actus vel contractus est, ut præsens sit tutor & deinde ut
23. viso, probè perspecto & ponderato negotio auctoritatē suam interponat. Quæ * verò de solennitate sunt actus citrà nullitatem ejus neq; prætermitti, imò nec per æquipollens adimpleri possunt. *Vid. Christoph. Porc. ad* §. *2. h. t. n. 13. & ibidem Johan. Fabri n. 2. Wesenbec. per tot. & in x. ff. h. t. n. 5. Vincent. Manzin. d. tut. & cur. q. 16. n. 96. Berlich. practica. conclus. p. 2. conclus. 18. n. 27. Besold. d. tut. & cur. cap. 20. n. 9. Donell. libr. 3. c. 13. ibiq; Hillig. in not. lit. D.*
- 24.

Controversia V.

Novissimo jure creditor, vel debitor pupilli tutelam ejus gerere non potest.

Summaria.

- Iure veteri pupillo cum tutore litem habente, vel tutore creditore vel debitore ejus existente; tutore Prætorianus tutor adjungebatur. *n. 1. & 2.*
- Quæ ratio hujus juris veteris, quòd tutor non curator datus fuerit. *n. 3. & 4.*
- Postea non ampliùs tutor, sed curator dari coepit. *n. 5.*
- Hodie creditor vel debitor pupilli & qui litem cum eo habet ad tutelam ejus non admittitur. *n. 6. & 7.*
- Quæ nova constitutio suas limitationes habet, & primò in matre & avia limitatur. *n. 8. 9. 10. 11. & 12.*

Baldus

Baldus & Cujacius *Novell. 72. c. 1. § 2. & auth. adhac G. quand. mul. tut. offic. fungi potest.* ubi mater & avia ab hac nova Justiniani constitutione excipiuntur ad patrem & avum maternum aliosq; virilis sexus parentes rectè producunt. n. 13.

Quod non admittit Rittershusius *ad Novell. constit. p. 8. c. 3. n. 11. n. 14.*

Baldi & Cujacii sententia tanquam vera defenditur & Rittershusii argumentis respondetur. n. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. § 31.

Secundò in tutore testamentario limitatur sententia nostra. n. 32. 33. § 34.

Tertiò limitatur in tutore ex inquisitione dato. n. 35. § 36.

Quartò limitatur Justiniani Imperatoris constitutio in casu, quo post tutelam susceptam tutor pupilli debitor, vel creditor ejus factus est. n. 37. § 38.

Quæ limitatio sublimitatur in magna lite. n. 39. 40. 41. § 42.

Tutor vel curator dissimulans se debitorem esse, vel creditorem pupilli, & tutelam ejus suscipiens creditum amittit & tanquam suspectus removetur. n. 43. § 44.

Quod tamen Magistratus arbitrio permittitur. n. 45.

Iure veteri * quando lis erat pupillo cum tutore, vel pupillus tutorem sive debitorem habebat, sive creditorem à tutela non repellebatur tutor, quin nec excusare se poterat, nisi fortè de omnibus bonis vel plurima parte esset controversia: quo * casu si alium tutorem non habebat pupillus, Prætorius tutor ei adjungebatur, quo autore judicium perageretur. Ulpianus *JC. tit. 11. d. tut. §. moribus 23. instit. suis* ubi hoc moribus fieri dicit. Quamvis enim * certæ rei vel causæ, §. *certæ & instit. qui testam. tut. dar. poss. l. certarum rerum 12. ff. eod. tit.* & habenti tutorem tutor non detur; §. *interdum 5. l. idem fiet 27. ff. d. testam. tut.* tamen hæc exceptio à Regula erat. Nimirum * propter personam pupilli necessariò tutor erat constituendus, à quo quæ agenda, non videbantur per curatorem suppleri posse. Quoniam * verò hodie judicia per quemcunque procuratorem tractari possunt; placuit postea, ut curator hoc in casu pupillo constitueretur: §. *fin. h. r. d. §. item propter litem 4. instit. d. excusat. tut. & l. 21. pr. ff. eod. tit.* qui peracto & finito judicio sive lite, curator esse desineret. Reinhard. Bachov. *ad §. fin. h. r.*

Verùm & * hoc correxit Justinianus Imperator in *Novell. 72.* ubi *cap. 1.* constituit: ut nullus eorum, qui obligatas perhibent habere res defuncti ipsumque minorem & res ejus, aut etiam qui apertè obligatus existit, ad curationem ejus accedat. Causas * ad-

dit Imperator ibi : ne tutor vel curator cautionem furetur, aut alias probationes, quæ erant minoris, corrumpat, & sic curatio in interitum rerum propriarum pupilli vergat.

8. Quæ tamen constitutio suas habet limitationes & exceptiones : * 1. enim limitatur ea, nisi modicum sit debitum : minima enim non curat Prætor. *l. scio 4. ff. d. in integr. restit. l. si quis 9. §. fin. ff. d. dol. mal. l. res 54. ff. d. contrab. empt. vendit. Gl. ff. & Dd. ad §. b. fin. Bald. in l. cum in eo n. 2. ff. d. pact. Bartol. ad d. Novell. 72. Schneidevvin. ad d. §. fin. n. 3. Conrad. Rittershus. ad Novell. constit. p. 8. c. 4. n. 3.*
9. Quæ limitatio * sublimitatur : nisi fortassis lis sit circa modicum debitum : quo casu ad tutelam quis, siue debitor sit, siue creditor pupilli, admittendus non foret : Bachov. in not. ad Treutler. p. 2. disput. 9. th. 1. lit. D. periculosum * namq; videtur, illi rerum pupillarium concedere administrationem, cum quo litigandum est pupillo. 2. * Limitanda est Justiniani constitutio in matre & avia, quæ licet debeant liberis suis, vel ab h. sce illis debeatur, quamdiu secundis nuptiis abstinere, ad tutelam eorum admittuntur. *Novell. 94. c. 1. & 2. auth. adhuc C. quand. mal. tut. offic. fung. potest.*
10. Nam, * ut loquitur Justinianus, in d. *Novell. amor Naturæ* pius circa filios sine suspitione quàm plurimum facit. Et * hoc Baldus in *l. 44. ff. d. pact.* ac Cujacius in d. *Novell. 72.* ad patrem & avum maternum aliosque virilis sexus parentes rectè producant. Quod * non admittit Conradus Rittershusius, in d. *Novell. constit. p. 8. c. 3. n. 11.* ex ratione : quòd jus novissimum strictè accipiendum sit, nec ad consequentias producendum. Verum * quòd novissimum jus strictè sit accipiendum, hoc minimè intelligendum videtur respectu similium casuum, vel de casibus in quibus eadem vel major ratio obtinet; sed respectu juris antiqui.
11. Atquin * de jure antiquo pater & avus maternus debitores, vel creditores liberorum suorum ad tutelam eorum absque ullo dubio admissi fuerunt : cum hoc jure quicumque extranei creditores vel debitores pupillorum tutelam eorum gerere potuerint.
12. Quod * igitur correctum non est, quare stare prohibeatur. *l. sancimus 27. C. d. testament.*
13. Et * facit contra Rittershusium : quòd antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum sit, & semper quasi hoc legibus inesse credi oporteat, ut ad eas personas & ad eas res pertineant, quæ quandoque similes erunt, veluti respondit Tertulianus
14. lian

lianus J.C. in l. idem 27. ff. d. legib. Non * possunt etiam omnes articuli
 singulatim aut legibus aut Sctis comprehendi : sed cum in aliqua
 causa sententia earum manifesta est, is qui jurisdictioni præest ad si-
 milia procedere atque ita jus dicere debet: ut respondit Julianus Jc.
 in l. non possunt 12. ff. d. t. Quod * verò eadem ratio obtineat in pa-
 tre & avo materno aliisque virilis sexus parentibus, nimirum illa
 pietatis conjectura ergà liberos, quòd absque ulla suspicione tute-
 lam liberorum suorum sint gesturi, etiamsi debitores vel creditores
 eorum extiterint; omni dubio caret, & probare videtur. l. cum avus
 102. ff. d. condit. & demonstrat. Quin * nec Justiniani constitutio-
 nem novam aliis parentibus, præter matrem & aviam, esse objicien-
 dam; in ipsa d. Novell. 94. c. 1. dispositum est, ibi: deinde nullus eandem
 constitutionem objiciat matri & aliis. Ubi sub vocula aliis alii quoque
 parentes continebuntur. Etiam si * autem d. auth. adhac C. quand.
 mul. tut. offic. fung. potest maternæ solùm tutelæ mentionem faciat;
 tamen sciendum Irnerium, cujus est auth. illa, haud fuisse legisla-
 torem, sed J.C. ideoque authenticæ ejus ad Novellas ipsas, tanquam
 ad fontes suos revocandæ veniunt. Quod * verò d. Novell. 94. &
 auth. adhac C. quand. mul. tut. offic. fung. potest. de matre & avia no-
 minatim disponit, ratio videtur esse: quòd in matre & avia propter
 sexus imbecillitatem major dubitandi ratio esse potuerit, quàm in
 aliis masculini sexus parentibus. Mirari * igitur hinc licet Doctissimi
 Rittersh. oscitantiam d. 6. 3. n. 11. scribentis: se nusquam legisse, quòd
 pater, avus maternus omnesque virilis sexus parentes tutelæ of-
 ficio liberorum suorum fungi possint, cujus erroris etiam immeritò
 Cujacium infirmulat: qui scribat: Nam id de matre & avia tantum
 cautum est, quòd ea sola liberorum tutelâ fungi possint. Etenim * fal-
 sissimum est & principiis Jurisprudentiæ nostræ contrarium: pa-
 trem avum & alios virilis sexus parentes à tutelæ liberorum suo-
 rum officio excludi: cum * contrarium t. t. institut. d. legit. pa-
 rent. tut. & l. si superstite s. C. d. dol. mal. manifestè probent. Bartol.
 in l. usufructu pr. C. d. usufruct. Quin * si in potestate patris consti-
 tuti sunt liberi; finitâ tutelâ administrationis suæ rationem redde-
 dere non tenetur pater: cum * legitimus sit rerum liberorum ad-
 ministrator, ideoq; res immobiles propter urgentem æris alieni ne-
 cessitatem cum Decreto judicis alienare possit. l. ult. §. si autem
 res alienum. C. d. bon. quæ libr. Andr. Geil. 2. observat. 72. n. 14. & 15.
 Mynsing.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

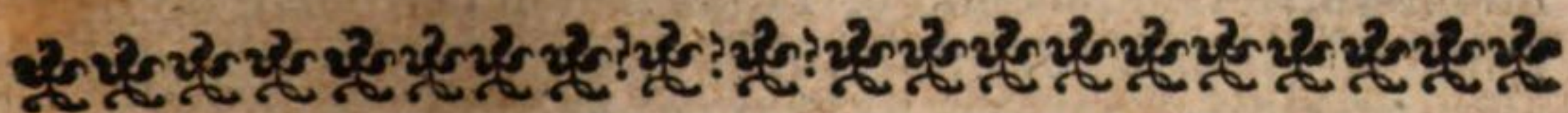
28.

- Myensing. cent. 6. observat. 61. per tot. Hartmann. Hartmann tit. 37. observat. 4. n. 4. Et ergò * ideò, ut suprà dictum, necessum fuit in d. Novell. 94. c. 1. & auth. adhuc C. quand. mul. tut. offic. fung. potest specialiter in matre & avia constituere: eas liberorum suorum tutelam gerere posse, etiamsi debeant liberis vel ab hisce illis debeatur; quòd dubitari poterat, an tutelæ officio fungi possint: quippe * interdicta est mulieri tutela: & deinde * an hoc in casu, ubi vel debent vel eis debetur, suscipere possint liberorum tutelam, nimirum propter sexus imbecillitatem, & propter secunda vota, ad quæ transire possent. Porro 2. * limitatur Justiniani Imperatoris constitutio in tutore testamentario, Bartol. in l. post legatum §. amittere ff. d. his quib. ut indign. aufer. modò * sciret testator debitorem vel creditorem esse tutorem, à se in testamento constitutum. Dd. in d. auth. minoris C. qui dar. tut. poss. Schneidevvin. §. h. fin. n. 3. Anton. Piaggi d. tut. & cur. q. 3. n. 13. pag. m. 19. Rittershus. d. c. 4. n. 14. Cujus * limitationis est ratio: quòd fides tutoris testamentarii per testatorem electa sit, & voluntas ejus omnem doli & fraudis suspicionē tollat. 3. * Limitanda est sæpè dicta Justiniani constitutio in tutore, cum inquisitione à Magistratu constituto: quoniam * fides ejus à Magistratu est approbata. l. si furioso 16. in fin. ff. d. curat. furios. Bartol. in d. auth. minoris Piaggi d. l. & Rittershus. d. l. n. 15. 4. * Limitanda est antè dicta constitutio in casu, quo post susceptam tutelam vel curatelam tutor debitor factus est, vel creditor pupilli: sicut ipse Imperator Justinianus allegatam constitutionem suam d. Novell. 72. c. 2. limitat: quo * casu tutori alium tutorem vel curatorem adjungi vult, quem perpetuum esse debere; monet Bachovius ad §. h. fin. Propter * magnam tamen litem, qui forsitan de omnibus esset bonis, vel plurima parte etiam post susceptam tutelam ortam, sicut antè, ita adhuc hodie post constitutionem Justiniani Imperatoris finiri tutelam; notârunt Aretinus & Angelus in §. fin. h. c. Johann. Vincent. Hondedæ. consil. 52. n. 10. & 11. vol. 2. part. 4. Quod * enim mutatum non est, quare stare prohibeatur. d. l. sancimus 27. C. d. testament. At * verò d. l. propter litem 21. ff. d. excusat. à Justiniano Imperatore minimè mutata invenitur. Etsi * enim d. Novell. 72. constitutio sit generalis; tamen haud tollit ea, quæ specialem rationem habent.
43. Cæterum * si tutor vel curator, dissimulans se vel debitorem, vel

vel creditorem esse pupilli, suscepit tutelam ejus; non solum creditum amittit; *auth. minoris. C. qui dar. tutor vel curat. poss.* sed etiam tanquam suspectus removeri à tutela debet. *arg. l. 8. ff. d. tut. Bald. & Fulgos. in d. l. 21. ff. d. excusat. Treutler. d. disput. 8. lit. C.* Quod * tamen Magistratus arbitrio rectè relinquit Bachovius ibi, qui æstimabit, an fraudulento consilio hoc à tutore vel curatore factum fuerit: & idem sentit Salycetus in *d. auth. minoris* quod & Bartolum ibidem sentire, credimus.

44

45



QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

TITULUS XXII.

Controversia I.

Tribonianus in §. 1. h. t. dicens in æstimanda pubertate apud veteres corporis inspectionem usitatam fuisse, à quibusdam Interpretibus indignè notatur.

Summaria.

Veteres non solum ex annis, sed etiam ex habitudine corporis pubertatem æstimabant. n. 1.

Quod commentitium & falsum esse, volunt Rævardus & Bachovius. n. 2.

Quorum duæ inprimis sunt rationes. n. 3.

Autoris fundamenta adferuntur. n. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

Corporis inspectio à Romanis regulariter non fuit adhibita, sed in casibus dubiis. n. 14.

Autoris sententia ulterius probatur. n. 15. & 16.

Corporis inspectio hodie quoque in causis imprægnationis & matrimonialibus usurpari solet. n. 17.

Iure Wirtembergico pubertas in masculo sexto & decimo anno; in foemina verò quarto & decimo æstimatur. n. 18.

1. Justinianus Imperator in §. 1. h. t. tradit : * Veteres non solum
2. ex annis sed etiam ex habitu corporis pubertatem aestimasse.
3. Quod * falsum & commentitium esse dicunt Jacobus Rævardus,
4. libr. 4. varior. cap. 10.. & Reinhardus Bachovius. ad §. h. 1. n. 2. Quo-
5. rum * rationes præcipuæ sunt duæ : 1. est : indignam fuisse istam
6. inhonestam corporum inspectionem Gravitate Romanâ : altera :
7. quod hujus rei nullum ex probatis autoribus adduci possit testimo-
8. nium. Verum * nos nullam hîc videre possumus causam, quare
9. isti Interpretes Justinianum & Tribonianum tantoperè sugillant.
10. Quod * ad masculos attinet, quorum inspectionem abrogasse se
11. dicit hîc Imperator, nimirum in l. ult. C. quand. tut. vel. curat. esse
12. desin. quis non fidem ei habebit? quid * hoc aliud est, quàm Im-
13. peratorem manifesti mendacii insimulare? Si hoc commentitium
14. est, quid de toto opere Justiniani erit judicandum? Pessimè * ope-
15. ram suam locare videntur illi, quorum singulare studium, Justi-
16. niani Imperatoris & Triboniani carpendi & sugillandi. Ut * tacea-
17. mus jam singularem Triboniani eruditionem & exquisitam rerum
18. experientiam. Plus * certè illis fidei adhibendum erit, quàm
19. huic vel illi Scriptori & Interpreti. Nimirum * nimis curiosum
20. antiquitatis investigandæ studium viros nonnullos eò perduxit, ut,
21. dum antiquitatem investigare student, in illis, quæ in ipsis rerum
22. obtinent argumentis, sæpè cæcutiant. Apud * Veteres corporis
23. inspectionem usitatam fuisse; ex Platone libr. 11. d. legib. videre est,
24. ubi ait : Magistratus esse, ut ad aestimandum de habitudine ad
25. contrahenda matrimonia, masculi nudi & fœminæ usque ad um-
26. bilicum nudatæ inspiciantur. Et * Ulpianus J.C. in fragment. libr.
27. 11. §. fin. tradit : quod Priscus eum puberem esse voluerit, qui &
28. corporis habitu & annorum numero sit talis. Hoc putaremus *
29. regulariter non fuisse adhibitam istam corporis inspectionem, sed
30. in casibus dubiis : ut, * quando ex habitu corporis externo diju-
31. dicari non potuit, an quis pubes sit vel non, ea adhibita fuerit.
32. Neque * enim hoc regulariter contigit apud Romanos, ut juve-
33. nes circà pubertatis annos matrimonia inierint.
34. Quid * verò respondebunt illi, qui Justinianum & Tribon-
35. nianum hîc notant, ad t. t. ff. d. ventr. inspici. ane & hunc ne-
36. gabunt titulum & commentitium nec apud Romanos unquam
37. receptum esse dicent? Respondet * autem Ulpianus J.C. in d. l. 1.
38. pr. d.

pr. d. t. Si dubium, an pręgnans sit mulier nec ne, commodissimum esse, ut eligantur honestissimę fęminę domum, in qua mulier veniat, & ibi tres obstetrices probatę & artis & fidei, quę a viro adsumptę eam inspiciant. Et in §. de inspiciendo 10. eod. tit. * ait idem Ulpianus: si mulier mortuo marito pręgnantem se esse dicet: his, ad quos ea res pertinebit, procuratorive eorum bis in mense denunciandum curet, ut mittant si velint, quę ventrem inspiciant. Mittantur autem mulieres liberę duntaxat quinq;. Hęq; simul omnes inspiciant: dum ne quę earum, dum inspicit, invitę muliere ventrem tangat. Hęc * videt Ręvardus & Bachovius etiam apud Romanos ventris inspectionem certis in casibus usitatam fuisse. Quid nę igitur & in pubertatis æstimatione ea salvę honestate adhiberi potuisset?

Et * hęc ventris inspectio etiamnum hodie in impręgnationis causis, & in matrimonialibus, quando conjuges impotentię se invicem accusant, usurpari & decerni a iudice atque per iuratas obstetrices fieri solet.

Cęterum * de jure Wirtembergico pubertas ex annorum numero æstimatur: nimirum in masculo sexto & decimo anno, in fęmina verò quarto & decimo. Sürstl. Wirtembergisch Landrecht/ pag. tit.

Controversia I I.

Per minimam tutoris capitis diminutionem legitima tutela hodie non perit.

Summaria.

Filiusfamiliās in patris sui potestate constitutus alterius tutelam gerere non potest. n. 1. & 2.

Quod secus est in filio legitimo & arrogato. n. 3. 4. & 5.

Arrogatus legitimam patronorum tutelam gerere potest. n. 6. & 7.

Legitima tutela per minimam capitis diminutionem ipsius tutoris perit. n. 8. & 9.

Per minimam capitis diminutionem pūpilli arrogati omnes tutelę pereunt. n. 10. & 11.

Quod non obtinet in filio adoptivo. n. 12.

Hodie sublata agnatorum & cognatorum differentiā tutela minimā capitis diminutione non perit. n. 13 14 15 16 17. & 18.

1. Sicut is qui ipse est sub tutela alium sub tutela habere non po-
 2. test; ita * nec filiusfamiliâs sub patris sui naturalis & legitimi
 3. potestate constitutus tutelam alterius gerere potest. Ratio est: *
 4. quodd filiusfamiliâs ipse sit sub patris sui quasi naturali tutela. Ve-
 5. rum * secus est in filio legitimo sive arrogato, qui tutelam alte-
 6. rius rectè gerit, nimirum testamentariam & dativam: legitimam
 7. * enim gerere non potest: quodd per arrogationem agnationis jus,
 8. quod habuit, amiserit; legitima * verò tutela ex *L. 12. Tabular.*
 9. proximis agnatis deferatur. Legitimam * igitur patronorum
 10. tutelam gerere potest arrogatus: quippe * defectus juris agnatio-
 11. nis hîc nihil operatur. Et * ergò per minimam capitis diminu-
 12. tionem ipsius tutoris legitima tutela perit, exceptis iis tutelis quæ
 13. novis legibus introductæ erant: *l. tutelæ 7. pr. ff. d. capit. minut.*
 14. quippe * per arrogationem agnascitur arrogatus arroganti: ita-
 15. que agnationis jus, quodd antè habuit, tollitur, consequenter nec
 16. legitimam tutelam gerere potest.

17. Verùm * minimâ capitis diminutione ipsius pupilli arrogati
 18. omnes pereunt tutelæ: quippe * pupillus in familiam & pote-
 19. statem patris arrogantis transit. De * adoptivo filio quæri hîc
 20. non potest: quodd is in potestate patris sui naturalis maneat; sub
 21. tutela igitur esse non potest. Nam tutela est vis ac potestas in ca-
 22. pite libero.

23. Cæterùm * quodd de tutore, qui minimam passus capitis di-
 24. minutionem, diximus, id hodie mutatum est: cùm * sublata
 25. agnatorum & cognatorum differentiâ tutela hodie proximis co-
 26. gnatis deferatur; cognationis * jus verò per capitis diminutionem
 27. non tollitur, consequenter neque tutela: civilis enim ratio * ci-
 28. vilia quidem jura tollere potest, naturalia verò non æquè. §. *sed na-*
 29. *turalia 11. instit. d. jur. natur. gent. & civil..* Et * quia emolumen-
 30. tum successionis hodie habet tutor, minimam passus capitis dimi-
 31. nutionem; *Novell. 115. c. 4. & 5.* etiam tutelæ onus subire debet: qui
 32. * enim commodum sentit, etiam incommodum sentire debet.

arg. §. unic. instit. d. legit. patron. tut. Vid. D. Harpprecht. ad §. h.

4. & Bachov. & in not. ad Treutler. p. 1. disp. 8. thes. 7. lit. F.

D. Rümli. p. 1. disput. 11. th. 35. Forster.

disput. 4. th. 11.

* *

Controversia III.

Transfuga amittit tutelam

Summaria.

Cujacii negativa sententia improbat & Auctoris stabilitur. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Objicitur *l. si quis 15. ff. d. tut. n. 6.*

Donelli responsio & ejus improbatio. n. 7. & 8.

Cujacii responsio ejusdemque refutatio. n. 9. 10. 11. & 12.

Antonii Fabri conciliatio & ejus rejectio. n. 13. & 14.

Autor Accursii conciliationem approbat. n. 15. 16. 17. 18. & 19.

DE transfuga, qui & perfuga dicitur, controvertitur, an amittat tutelam? quod * quidem negat Cujacius *libr. 4. observat. 9.* sed contra manifestos juris textus & rationis evidentiam. Nam * in *l. postliminium 19. §. transfuga 4. ff. d. captiv. & postlim. revers.* respondet Paulus JC. transfugæ nullum postliminium esse: qui enim malo consilio & proditoris animo Patriam reliquerit, hostium numero habendum esse. Et * in *l. qui cum 4. §. fin ff. d. re milit. justæ emanationis causæ recensentur; transfugæ verò omittitur.* Decisionis hujus * adæquata est ratio: quod transfuga facto suo mediam patitur capitis diminutionem. *l. amissione 5. §. qui deficiunt 1. ff. d. capit. minut.* Ergo * tutelam amittit, quæ per mediam capitis diminutionem tutoris amittitur. §. 4. b. t.

Sed * valdè contradicere videtur *l. si quis 15. ff. d. tut.* ubi respondet Ulpianus JC. quod, si tutor non sit captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, aut etiam receptus ab eis, aut transfugerit, quia servus pœnæ non efficiatur, tutor maneat & interim à Præsidibus alius tutor detur.

Hugo Donellus * *comment. libr. 3. c. 14.* & Dominicus Arumæus *Exercit. 3. th. 11.* pro vocula *Aut* in *d. l. 15.* reponunt voculam *Haut*: quia à Criticis quoque hodie scribi solet *haut*, & in Florentinis paratitlis non infrequens sit, ut in dictionibus *lit. H.* omittatur, veluti pro *Homo* *Omo*, pro *Habere* *Abere*. Verùm * hæc licentiosa emendatio à nobis semper detestata fuit & rejecta, quæ in primis hîc non admittenda: quoniam nulla nos necessitas cogit, ad desperatas ejusmodi conciliationes confugere.

Cujacius * *d. observat. 9.* pro stabilienda sententia sua pugnam

Dd 3

hanc

hanc ita tollere studet: quòd quidem Civitatem amittat transfuga, non verò tutelam, in quo speciale sit, eum tutelam non amittere. Verùm * specialitatis rationem nullam nobis assignat Cujacius, neque nos ullam videre possumus. Et * si civitatem amittit transfuga, ut dicit Cujacius, necessariò consequetur, eum tutelam quoque amittere: à quo * enim civitas removetur, ab eodem & civitatis jura quoque removeri, necesse est.

13. Antonius Faber * *in jurispr. Papin. d. tut. pr. 1. illat. 25. ad d. l. 15.* ita respondet: quòd speciale sit in tutore Provinciali, de quo *d. l. 15.* loquatur. Sed nec * hìc specialitatis ratio apparet, neq; nos eam divinari possumus.

15. Nobis * placet Acursii *ad d. l. 15.* data responsio: nimirum quòd *d. l.* non de proditore & vero transfuga accipienda sit, sed de illo, qui ad expiscandas explorandasque hostium machinationes transfugit ad hostes, qui * procul dubio postliminium habet: itaque reversus tutelam recipit. Quam * *d. l. 15.* interpretationem confirmat: quòd *d. l. postliminium 19. §. 4. ff. d. captiv. & postlim. revers.* de transfuga dicat expresse, qui malo consilio & proditoris animo ad hostes transfugit; Ulpianus verò *in d. l. 15.* transfugam æquiparet cum tutore, non qui captus ab hostibus, sed missus ad eos quasi legatus, vel etiam receptus ab eis fuit. Et * certè malè conjunxisset JC. *in d. l. 15.* personas, quæ justas emansione suæ causas habent, cum transfuga qui injustissimam causam habet iisq; omnibus idem civitatis jus in hoc attribuisset, inter quos non dispar solum, sed contraria ratio obtinet. Si * etiam idem civitatis jus ad veros transfugas producere & extendere voluisset JC. certè absque aliquo ampliacionis verbo id minimè fecisset. Quam conciliationem amplexi quoque sunt Dionys. Gothofred. *ad d. l. 15.* Timæ.

Fab. *disput. 8. th. 5.* D. Harppr. *ad d. §. 4. h. t. n. 5. & seqq.*

tom. 1. D. Martin. Rümlin. *Exercit. 3. th. 20.*

Ungespaur. *Exercit. 4. q. 9.*



De CURATORIBUS.

TITULUS XXIII.

Controversia I.

Minores absq̃ Curatoribus contrahentes ipso jure obligantur; sed tamen in integrum habent restitutionem.

Summaria.

Impuberes sine tutoribus suis contrahentes ipso jure non obligantur; minores autem sine curatoribus obligantur. n. 1.

Quæ diversitatis hîc sit ratio. n. 2. & 3.

Olim ex L. Lætoria & administrationem rerum suarum habebat minor & efficaciter quoque se obligare poterat. n. 4.

Tutor personæ curator verò rebus datur administrandis. n. 5.

Quomodò hoc intelligendum sit. n. 6.

Autoris sententia stabilitur. n. 7. 8. 9. 10. & 11.

Adversari videtur. L. si curatorem 3. C. d. in integr. restit. n. 12. & 13.

Ad quam respondetur. n. 14. & 15.

Instantia movetur. n. 16.

Quæ removetur. n. 17.

Alia movetur instantia. n. 18.

Quæ removetur. n. 19.

Donellus distinguit inter minorem qui habet curatorem & qui non habet. n. 20.

Quæ distinctio rejicitur. n. 21. 22. 23. & 24.

QUamvis * non obligentur impuberes, sine tutoribus contrahentes; tamen minores sine curatoribus contrahentes obligantur. Ratio diversitatis * inter impuberes & minores hæc est: quòd illorum fragilis, mancus & imperfectus sit consensus, istorum verò perfectior sit consensus. Unde * impuberis persona ad obligandum se inhabilis, minoris habilis judicatur. Indeque * olim ex L. Lætoria & administrationem rerum suarum habebat minor, & efficaciter quoque obligare se poterat: itaque adhuc se obligare poterit; licet jure novo iis, curatores qui habent, rerum administratio

1.

2.

3.

4.

5. tio adempta sit. Unde illud: * quòd tutor personæ; curator verò
 6. rebus detur administrandis. Quanquam * enim personam quo-
 7. que aliquo modo respiciat cura; res tamen & negotia potissimum
 concernit. Evidenter * verò sententia nostra probatur *ex l. pube-
 res 101. ff. d. V. S.* ubi puberes sine curatoribus suis contrahentes ex
 stipulatu obligari dicuntur: qui tamen contractus solius juris civi-
 lis & omnium contractuum est firmissimus.
8. 2. Fortiter * pro eadem sententia nostra concludit *l. ult. §.
 pupillus 2. ff. d. V. O.* ubi pubes etiam in potestate constitutus tan-
 quàm paterfamiliàs obligari traditur.
9. 3. Facit * *l. obligari 43. ff. d. O. & A.* in qua obligari potest
 suæ potestatis pubes.
10. 4. Evidentissimè * sententiã hanc nostram comprobat: quòd
 minori læso in integrum detur restitutio: *t. t. ff. & Codic. d. in integr.
 restit.* Ergò contractus ab eo celebratus validus erit: siquidem *
 11. rescissio actus validitatẽ ejus arguit & præsupponit. *l. nam etsi 5. ibi:
 post defectum autem conditionis natus posthumus gradum non rumpit:
 quia nullus est. ff. d. injust. rupt. irrit. fact. testamen.*
12. Cui * sententiæ contradicere videtur *l. si curatorem 3. C. d. in
 integr. restit.* ubi minor 25. annis res vendidit, & rescribitur à Dio-
 cletiano & Maximiano Imperatoribus, contractum hunc servari
 13. non oportere. Et subjicitur ratio: * quòd non absimilis ei habea-
 tur minor curatorem habens, cui à Prætore curatore dato bonis
 14. interdictum est. Verùm * respondendum hîc erit: quòd quidem
 contractum inire possit minor sine curatore, non tamen contra-
 ctum emptionis & venditionis, vel alium aliquem contractum, quo
 15. res suas alienet. Quæ * differentia contractuum manifestè poni-
 tur in objecta *l. 3.* ubi inter contractum emptionis venditionis &
 alium contractum manifesta fit oppositio, dum porrò ajunt Impe-
 ratores: *si verò sine curatore contractum fecisti, implorare in integrum re-
 stitutionem non prohiberis.* Sed * regeri hîc posset: quòd, licet per-
 16. sonam ipsam afficiat contractus; (cùm personalis ex eo oriatur ob-
 ligatio) tamen res quoque in contractum deducatur. Responde-
 17. mus: * multa posse in contractum deduci & promitti, quæ res mi-
 nimè concernant, sed industriam solùm minoris: ad quæ quo mi-
 nus obstringere se possit minor, etiam sine curatore, nulla impedit
 18. ratio. Deinde * moveri ulterius posset *ex d. l. 3.* exemplum à pro-
 digio

prodigio defumptum, quem constat, ipso jure non obligari. *l. in cui bonis 6. ff. d. V. O.* Verum * advertendum est: minorem *in d. l. 3.* non dici similem prodigo, sed ei non absimilem, quod dissimilitudinem aliquam evincit. Itaq; * secundum quid solum similis est minor prodigo: *in d. l. 3.* haecenus scil. uti prodigus, curatorem habens, nihil agere potest; ita & minor, dum alienat res suas, in aliis tamen manente hac differentiâ: quod scil. à prodigo gesta ipso jure sint nulla; à minore verò gesta ipso jure subsistant.

Non * igitur audiendus hic erit Donellus, *ad d. l. 101. ff. d. V. O.* distinguens ibi inter minorem habentem curatorem & non habentem: ut ille obligari non possit, sine autoritate curatoris contrahens, iste verò possit obligari; cum verba textus hanc distinctionem non admittant. Nam * textus *d. l. 101.* illa habet verba: *sine curatoribus suis.* Quomodo autem quis dici potest suus curator & sic ejus, qui curatorem non habet? Et * deinde nulla est diversitatis ratio inter minorem, habentem curatorem & non habentem: siquidem * quod ad personam minoris paria sunt habere curatorem & non habere. *l. sciendum est 20. ff. d. rit. nupt.* ubi respondet Paulus JC. ad officium curatoris non pertinere, nubat pupilla annon, quia officium ejus in administratione negotiorum constet. *Vid. Andr. Alciat. ad d. l. 101. circ. fin. Cujac. 19. observat. 33. Johann. Borch. d. l. Wesenbec. in rubric. instit. d. auctorit. tut. Petr. Frider. Mindan. d. process. p. 2. d. mandat. c. 62. artic. 4. Paul. Montan. d. jur. tut. cas. 36. reg. 7. n. 16. Cothman. respons. 42. n. 1. & seqq. vol. 3. Treutler. p. 1. disput. 20. th. 9. ibiq; Bachov. & p. 1. disput. 6. th. 5. lit. C. Arumæ. Exercit. 3. th. 17.*

Controversia II.

Minoribus invitis curatores non dantur.

Summaria.

Olim ex L. Latoria minoribus invitis curatores regulariter non dabantur.

n. 1. & 2.

Divi Marci constitutione postea effectum, ut omnes minores indistinctè acciperent curatores. n. 3.

Non tamen invitum n. 4. 5. & 6.

Obstat. *l. 1. §. fin. ff. d. minor. n. 7.*

Ec

Qua

Quæ lex cum aliis legibus variè ab interpretibus conciliari solet, remissivè
n. 8.

Autor Hilligeri conciliationem sequitur. n. 9. 10. 11. & 12.

Hodie adolescentes etiam inviti indistinctè accipiunt curatores. n. 13.

1. **M**inoribus invitis * olim ex L. Lætoria curatores non dabantur: nisi causâ cognitâ constaret, dissolutæ eos fuisse vitæ:
2. hoc enim * famam & existimationem minorum sugillabat. Jul.
3. Capitolin. in vit. Imperat. Marc. Constitutione autem * Divi Marci postea introductum est: ut omnes minores, absque causæ etiam cognitione, num dissolutæ essent vitæ nec ne, curatores acciperent promiscuè: l. à tutoribus 33. §. 1. ff. d. administrat. & peric. tut. & quidem sine nota famæ, vel existimationis.
4. Verumtamen * hoc etiam post constitutionem Divi Marci ex L. Lætoria remansit, ne adolescentibus vitæ frugalis, curatores obtrudantur invitis: siquidem * L. Lætoria per dictam constitutionem hæctenus correctâ nullibi reperitur. Quinimò * hoc ipsum evidenter apparet ex §. inviti 2. h. t. l. si impuberi 13. §. fin. ff. d. tut. & curat. dat. ab his & c. l. mutus 43. §. is qui 3. ff. d. procurat. l. 1. & l. matris 6. C. qui pet. tut. vel curat.
7. Verum * valdè hîc obistere videtur l. 1. §. fin. ff. d. minor. ubi respondet Ulpianus JC. hodie adolescentes viginti quinque annis minores curatorum auxilio regi, nec antè rei suæ administrationem eis committi debere, quamvis benè rem suam gerentibus.
8. Quem * sanè textum varii variè cum antè adductis textibus conciliare intendunt, quorum conciliationes retulit ac refutavit Osvaldus Hilliger, in Donell. enucleat. libr. 3. c. 23. lit. E. Ungepaut. exercit. 4. q. 10. & Hunnius variar. resolut. libr. 1. tract. 4. q. 23. Nos
9. aliorum missis conciliationibus cum * Hilligero ad d. l. 1. ita respondere volumus: quòd scil. d. l. 1. de eo loquatur casu, ubi curatores jam habent minores: hisce rerum suarum administratio committi seu potius restitui non debet: sponte * enim curatela se submisere, & ejus sunt ætatis, ut sua negotia tueri non possint. Quam
10. * conciliationem firmat: quòd duæ leges sequentes, quæ Ulpiani quoq; sunt, de iisdem conceptæ sint casibus, ubi curatores habent minores, veluti vocula Recipiat. l. seq. 2. arguit: eoq; * inprimis confert; quòd d. l. 1. & 2. ex uno loco sint desumptæ, ex Ulpiano scil. libr. 11. ad Edictum.
- 12.

Verum.

Verumtamen * hodie adolescentibus etiam invitis curatores indistinctè constituuntur: veluti hoc præcipit constitutio politica Caroli V. Imperatoris, d. Anno 1548. publicata. tit. Von der Puppillen vnd Minderjährigen Kindern tutorn vnd Vormündern/s. So wollen wir allen &c. D. Bocer. Class. 1. disput. 15. th. 10. lit. B.

Controversia III.

Minor contra contractum juramento firmatum non restituitur.

Summaria.

Minores læsi in integrum restituuntur. n. 1.

Minoribus læsis liberum est, vel tutorem, vel eum cum quo contraxerunt conveniendi. n. 2.

Minores in integrum restitutionis beneficio renunciare non possunt. n. 3.

Minoribus læsionis probatio aliter non incumbit, quàm si probent, se læsionis tempore minores fuisse. n. 4.

Minores, si id fecerint quod diligens paterfamiliàs facere solet, vel alii faciunt, in integrum non restituuntur. n. 5.

Nec restituuntur minores, qui se maiores per mendacium dixerint. n. 6.

Sicut nec in criminibus & delictis. n. 7.

Non restituuntur etiam minores, qui contractum suum juramento firmaverunt. n. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

Obiectio. n. 14.

Responsio. n. 15 & 16.

Alia obiectio, ex l. non dubium 5. C. d. legib. n. 17.

Responsio. n. 18. 19. 20. 21. 22. 23. & 24.

Sententia nostra communis est & practica. n. 25. & 26.

Quæ primò limitatur. n. 27. 28. 29. & 30.

Secundò limitatur. n. 31. 32. 33. & 34.

Tertiò & ultimò limitatur sententia nostra. n. 35.

Diximus * & probavimus in *controv. 1. h. t.* contractus minorum, etiam absque curatorum autoritate celebratos, ipso jure validos esse; sed tamen, ubi læsi fuerint minores, eos in integrum restitutionis beneficio gaudere. Quod * quidem beneficium ita competit minoribus, ut liberum iis sit, vel curatorem, vel possessorem sive eum cum quo contractum iniverint, conveniendi. l. fin. C. si tut. vel curat interven. Sichard. ad l. unic. C. d. inoffic. dot. n. 5. Fulgos.

3. *consil. 150. col 3. in fin.* Cravett. *consil. 866. n. 17.* In * tantum quoque tributum est privilegium istud minoribus, ut illi renunciare non possint: cum eo ipso, quod renuncient privilegio suo, verè lædantur. *l. interdum 19. ff. d. minor.* Gloss. in *l. si judex ff. eod. tit.* Alia * verò probatio non incumbit minori se læsum esse, nisi ut probet, se tempore contractus minorem fuisse, ex quo deinde læsio præsumitur. Sichard. *ad l. 6. C. d. in integr. restit. n. 2. & 3.*

5. Si * tamen minor id fecerit, quod diligens paterfamiliās vel omnes facere solent & absq; sui facilitate & dolo adversarii læsus fuerit; non restituitur. *l. fin. C. d. in integr. restit. & ibi Sichard. Joh. Vincent. Hondedæ. consultat. 18. n. 14. vol. 1. p. 2.* Si etiam * per mendacium se majorem dixerit minor, similiter restitutionis beneficio non gaudet. *l. 2. & 3. C. si min. major. se dixer.* Cravett. *consil. 221. n. 9.* Nec * restituitur minor in criminibus & delictis: nisi * quatenus interdum miseratio ætatis ad mediocrem pœnam judicem produxerit. *l. auxilium 37. pr. & §. 1. ff. d. minor.*

9. Porro tùm * etiam ad in integrum restitutionis beneficium non admittitur minor, quando contractum vel actum juramento firmavit: *auth. Sacramenta impuberum C. si advers. vendit.* Quæ * nova Friderici Imperatoris constitutio locum habet, etsi minor de beneficio suo certior factus non sit. Nam * generaliter & indefinite loquitur ista constitutio; Ergò generaliter quoque intelligenda erit. Cujus * constitutionis ratio hæc est: quòd juramentum minorem majorem esse præsumat. Et * quotiens absque dispendio salutis æternæ servari potest juramentum; illud tam in foro seculari quàm Ecclesiastico servari debeat. *c. cum contingat. x. d. jurejur. ibiq; Gloss. in verb. debent.* Quando * etiam quis contractum celebrat vel actum, quem juramento suo confirmat, tum deliberatus ad contractum vel actum accessisse præsumitur, ut tradunt Dd. in *c. quamvis d. pact. in 6.*

15. Non obstat * quod objicit Sichardus: *ad d. auth. sacramenta impuberum n. 21.* quòd nemo intelligatur illi juri renunciare, quod se habere ignorat: & juramentum ad incogitata non sit extendendum. Etenim * tanta juramenti vis est & efficacia, ut ulteriori vel specialiori renunciatione non sit opus. *c. ex rescripto x. d. jurejur.* ubi mulier de beneficio Senatusconsulti Vellejani non certiorata pro alio juratò intercedens efficaciter obligatur. Deinde * etiam si

etiam si certior factus fuisset minor de beneneficio ipsi competente; tamen ei juratò absque dubio renunciasset: si * enim lationem, quam sequi posse cogitare potuit, non attendit; certè nec hoc restitutionis beneficium attendisset, sed ei absque dubio renunciasset.

Non etiam * obstat *l. non dubium §. C. d. legib.* ubi rescribunt Theodosius & Valentinianus Imperatores: quòd, si quid contrà legem fuerit factum, nec juramentum admitti debeat. Nam * sciendum est, actum vel contractum invalidum triplici dici modo: 1. ratione bonorum morum, ut pactum de futura viventis successione, & pactum ne quis testamentum faciat. *l. fin. ff. d. pact. l. stipulatio hoc modo concepta ff. d. V. O.* Et hi actus juramento non firmanur. *c. non est obligatorium d. R. I. in 6. 2.* Dicuntur * actus vel contractus invalidi ratione publicæ utilitatis principaliter, sive primariò, quorum exemplum est in *l. properandum 13 §. & siquidem C. d. judic.* qui actus similiter juramento firmari non possunt: cum isthæc renunciatio in tertii nimirum in Reipublicæ præjudicium fieret. 3. Dicuntur * contractus sive actus invalidi ratione publicæ utilitatis secundariò: ut alienatio fundi dotalis: contractus minorum sine curatoris autoritate celebrati. Atque * hi contractus juramento efficaciter firmari possunt, cum principaliter invalidi sint ratione minorum, secundariò verò ratione publicæ utilitatis; de * hisce igitur contractibus *d. l. §. non est accipienda*, sed de illis qui ratione bonorum morum & publicæ utilitatis primariò invalidi sunt. 2. * Respondemus: etiam si dicamus *d. l. §. de contractibus minorum quoque accipiendam esse*; tamen ea per novam hanc Friderici Imperatoris constitutionem hætenus correctæ & sublata esset. 3. * Respondemus: quòd de jure Canonico certum sit & indubitatum: contractus minorum juramento firmatos servandos esse. Ergò huic juris Canonici constitutioni in hac spiritali causa standum erit.

Atque hæc est * communis & practica sententia: teste Andrea Geilio *libr. 2. observat. 41. per tot.* Sichardo *ad d. auth sacramenta impuberum* qui, licet contrariam tueatur opinionem, tamen dicit: *ibidem: n. 17.* hanc communem esse opinionem, quam in practica sequi cogeretur. Eandemque præter allegatos à Geilio *d. l. amplectuntur quoque Johann. Gutierrez. d. tut. & cur. p. 2. c. 15. n. 21.* Sfort.

Odd. in tract. d. restit. in integr. p. 1. p. 24. artic. 4. n. 24. & seqq. Octav. Simoncell. d. decret. cater. solennit. in contract. minor. libr. 3. tit. 8. inspect. 18. limit. 18. n. 183. & seq. Surd. d. consil. 559. n. 4. vol. 4. Vultej. consil. Marpurg. 15. n. 302. Hondedæ. consil. 42. n. 10. vol. 1. p. 3. Setser. in tract. d. jurament. libr. 1. c. 11. n. 1. Reyg. in thesaur. practic. verb. minor. n. 24.

28. Verum * limitanda est sententia nostra i. si contractus respectu alicujus solennitatis, vel de jure Civili vel de consuetudine requisitæ, nullus esset: ut si minor res suas immobiles sine decreto judicis alienaret & venderet: quia nullus esset contractus; l. fin. in fin.
29. C. d. præd. minor. juramento * igitur confirmari non posset. Nam d. auth. sacramenta impuberum loquitur de contractibus minorum retractandis. Atquin * quod nullum est retractari non potest: l. nam etsi 5. ff. d. injust. rupt. irrit. & c. siquidem non entis nullæ sunt qualitates. l. 1. d. t. Bartol. in l. cum quis decedens §. Titia d. legat. 3.
30. Separata * etiam sunt in integrum restitutio & nullitas: illâ igitur exclusâ hæc exclusâ minimè censetur: cum à * separatis mala fiat illatio. l. Papinianus 20. ff. d. minor. Geil. 2. observat. 65. n. 5. & d. observat. 41. n. 12. ubi hoc singulariter observandum esse dicit.
31. 2. Limitanda est * sententia nostra in remedio l. 2. C. d. rescind. empt. vendit. ubi is, qui ultrâ dimidium justipretii læsus, vel ad supplementum justipretii, vel ad contractus rescissionem agere potest. Et hoc beneficium * minori denegandum non erit: non enim consideratur
32. hîc minor tanquam minor, sed tanquam major. At * quilibet major hoc habet beneficium. Ergo & minor; licet juramentum contractui adjecerit. Nam * juramentum respectu minorennis ætatis operatur, non verò respectu juris communis. Sichard. ad d. auth. n. 44. & seqq. ubi n. 46. cautos esse debere monet eos, qui cum minore contrahunt, ut contractus instrumento clausulam inferirent: juravit se non contraventurum ratione ætatis, vel alterius rei.
33. 3. Limitanda est * hæc sententia in Prælato & Ecclesia ipsa. Nam Prælatus quantumcunque super contractu Ecclesiæ suæ juret; si tamen Ecclesia inde læsa fuerit; ea semper restitui potest.
34. c. 1. & ibi Gloss. d. restit. in integr. libr. 6. Sichard.
35. d. l. n. 24. ubi in seq. plures limitationes adducit.

Controversia IV.

Prodigo non ipso jure sed Magistratus decreto administratio interdicitur.

Summaria.

Ethicè quis prodigus esse potest ante Magistratus declarationem. n. 1.

Non autem politicè vel juridicè, nisi Magistratus decreto. n. 2. 3. & 4.

Vt Iuridicè quis prodigus sit, duo copulativè requiruntur. n. 5. & 6.

Oppositio ex l. 1. ff. d. curat. furios. n. 7.

Responsio. n. 8. & 9.

Sententia nostra limitatur in notorio prodigo. n. 10. & 11.

Quæ limitatio practica est. n. 12.

Et juri Statutario Württembergico consona. n. 13.

Ethicè quidem prodigus quis esse potest, etiam ante Magistratus declarationem; non tamen politicè & juridicè. Ut * namq; hoc modo quis prodigus sit, Magistratus decretum leges exigunt. l. 1. ff. d. tut. & curat. dat. ab his & c. §. item prodig. 2. instit. d. his quib. non est permiss. facere testam. l. is cui bonis 6. ff. d. V. O. Quomodo * enim constare poterit hunc vel illum esse prodigum, antequam à Magistratu pro tali declaretur? Quâ * sanè ratione, si ipso jure interdiceretur prodigo rerum administratio, deciperentur multi: & sic plus prodesset prodigo morum pravitas, quàm viris honestis contrahentibus cum eo integritas vitæ. Proinde * duo copulativè hîc requiruntur, ne cum prodigo contractus celebrari possit: ut * sc. 1. ipsi curator à judice constituatur, & deinde ut ipsi publicè rerum administratio interdicator. Anton. Gomez. 2. tom. c. d. restit. minor. n. 31. Johan. Gutierrez. d. jurament. confirmat. part. 1. c. 32. n. 1. Andr. Geil. 3. observat. 51. n. 2. ubi sententiam nostram communiter receptam esse dicit.

Verùm * objicitur nobis d. l. 1. pr. d. curat. furios. ubi prodigo lege 12. Tabular. bonorum administratio interdici dicitur. Respondetur * ex §. furiosi 3. h. t. quòd prodigi ex L. 12. Tabular. in cura sint agnatorum; quis autem prodigus sit, à Magistratu declarari debeat. Et * quòd dicitur, L. 12. Tabular. interdici prodigo rerum administrationem, non hunc habet sensum: quasi id ipso jure fiat; sed quòd

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

quod velit & jubeat d. L. 12. Tabular. ut Magistratus decreto ei administratio bonorum interdicatur.

10. Limitatur autem * sententia nostra in manifesto & notorio
 11. prodigo: ubi Magistratus declaratio præcisè non exigeretur: qui *
 enim contraherent cum prodigo istiusmodi notorio, Offenbahrer
 Geüder vnd Verschwender / in mala fide esse censerentur. arg. l. si
 quis 8. ff. pro empt. ubi is, qui à luxurioso & scorto datur pecuniam
 emit, propter malam fidem non usucapit. l. tres tutores 55. §. fin. ff.
 d. administr. & peric. tut. ubi apertè prodigo tutori administratio tu-
 telæ permitti non debet. Gloss. in l. is cui lege ff. d. testam. ibidemq; Bar-
 12. tol. Secundum * quam limitationem aliquando in re ardua judi-
 catum esse; refert Gutierrez: d. c. 32. n. 3. quamvis ipse in contrari-
 13. am transeat sententiam. Eademq; limitatio * juri nostro Würtem-
 bergico consona est. Fürstl. Würtemb. Landr. p. 2. tit. 30. §. wann
 auch ein Offenbahrer Geüder &c. Vid. Bachov. in not. ad Treutler. p. 1.
 disput. 6. th. 5. li t. D. & in commentar. ad instit. ad d. §. 3. n. 3.

Controversia V.

Habenti tutorem tutor non datur.

Summaria.

Regula hæc stabilitur. n. 1. & 2.

Cujus Regulæ tres assignantur rationes. n. 3. 4. 5. 6. & 7.

Quæ limitatur. n. 8. 9. 10. & 11.

Si habenti tutorem tutor detur in casu in jure non expresso; datio illa nulla
 est. n. 12.

1. ITA * ait Justinianus Imperator: in §. interdum 5. h. t. & aliàs
 2. pro * Regula quoque traditur in l. idem fiet 27. pr. ff. d. testam.
 tut. l. cum jure 9. C. qui pet. tut. &c. l. licet tutorem pen. C. in quib. caus.
 tut. vel curat. habent. &c. l. non solum 10. §. similiter 6. ff. d. excusat. l.
 idem Vlpianus 12. pr. eod. tit. l. in omnem rem 15. ff. d. tut. & curat.
 3. dat. &c. Cujus * Regulæ duas assignat rationes Cujacius in 1. Co-
 dic. libr. 5. tit. 36. in quib. caus. tut. hab. tut. vel curat. dar. potest. 1.
 4. Quia * datio tutoris actus sit legitimus, qui semel tantum fieri
 5. posse videatur. 2. Quia * pupillus sit in tutoris potestate & nemo
 possit esse in duorum potestate, ita ut sit cujusq; potestas in solidum
 nisi

nisi pro uno habeatur, ut quando conjuncti dati duo pluresve tutores. *l. simul. 23. ff. d. tut. & curat. dat. &c.*

Quibus rationibus & hæc * addi potest: quod personæ pupilli omnibusque ejus bonis tutor in solidum detur. Unde fieri non potest, quin alio tutore constituto fides tutoris prius dati suspecta reddatur, & quidem præter culpam ejus. Quæ * autem ratio cessat, ubi curator adjungitur pupillo: qui ad certam etiam causam rectè datur, & adjuvandi tantum gratiâ adjunctus censetur.

Sed * fallit supradicta Regula quibusdam in casibus: namque in locum remoti, excusati, deportati, surdi, muti & furiosi alius tutor rectè datur. *l. licet. 4. C. in quib. caus. tut. vel curat. hab. &c. l. pen. ff. d. tut.* Sicut & in locum * absentis Reipublicæ causâ, licet tutor esse non desinat, alius tutor dari potest. *l. 1. C. in quib. caus. habent. tut. l. tutor 3. §. si quis absfuturus 10. ff. d. suspect. tut. l. si tutor 5. ff. d. tut. & rat. distrah. l. quesitum 12. ff. d. tut.* Item * in locum relegati. *d. l. 4. C. in quib. caus. &c.*

Et ergo. * habenti tutorem alius datur non datur, nisi in casibus specialibus, in legibus expressis; curator verò semper dari potest. *l. potuit 2. C. d. t.* Proinde * si detur tutor in casu qui expressus non est in jure; illa datio ipso jure nulla est. *d. §. interdum 5. h. t. ubi Gloss. & Doctor. Paris. consil. 85. n. 1. & 2. vol. 3. Joh. Gutierrez. in tract. d. tut. & cur. p. 1. c. 19. n. 43. & seq. ubi addit: quòd, quando impeditus est tutor; judex utrumque dare possit, tutorem & curatorem; utilius tamen esse, si tutor detur. Add. Anton. Piagg. d. tut. & curat. q. 4. per tot. Cujac. libr. 17. observat. 7. Bachov. in not. ad Treutler. p. 2. disput. 9. th. 1. tit. C. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 3. c. 15. lit. A. & ad d. §. 5. h. t. Anton. Matth. ibid.*

De SATISDACTIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

TITULUS XXIV.

Ff

Contro-

Controversia I.

Tutores & curatores fidejussoribus cavere debent.

Summaria.

Tutor vel curator tutelam gerere volens satisfactionem offerre ac præstare debet. n. 1.

Quod limitatur. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Satisfactio hæc fidejussoribus præstari debet. n. 9. 10. & 11.

Vbi cautionem volunt leges, tam fidejussoribus quam pignoribus præstari ea potest, imò nudâ etiam repromissione. n. 12. 13. & 14.

Objicitur *l. plus cautionis* 25. ff. d. R. I. n. 15.

Cui responderetur. n. 16.

Sententia hæc in Hispania servatur ac practicatur. n. 17.

Hodie in Imperio Romano neque fidejussoribus neque pignoribus cavent tutores & curatores; sed sub hypotheca omnium bonorum juramentum in certa capita præstant. n. 18.

Quid secundum Statuta Academiae Tubingensis observetur. n. 19. 20. 21. 22. & 23.

1. **A**Ntequam * tutelam suscipiat tutor vel curator satisfactio-
nem offerre ac præstare debet, rem pupilli salvam fore. *pr. in-*
2. *stit. h. t. l. non quasi* 4. §. 1. ff. *rem pupill. salv. fore.* Quod * limitat
Justinianus Imperator *in d. pr.* in tutoribus testamentariis, qui satis-
3. dare non cogantur: quia * fides eorum & diligentia ab ipso te-
4. statore adprobata sit. 2. * Limitat hoc in tutoribus vel cu-
5. ratoribus ex inquisitione datis: quia * idonei electi sint. Ho-
6. die * tamen omnem dativum satisfacere teneri; tradit Antonius
Piaggius *in tract. d. tut. & cur. q. 7. n. 27. per §. nos autem* 5. *instit. d. At-*
7. *tilian. tut.* Ulterius * verò limitat Piaggius *d. l. n. 26.* in illo tu-
8. tore, cui rationis redditio remissa est: & * quartò in tutore qui
fidelis esset. *Vid. & Johannes Gutierrez. in tract. d. tut. & cur. d. p. 11.*
9. *6. 12. n. 8. & seqq.*

9. Præstari * autem debet satisfactio ista fidejussoribus: quoti-
10. ens * enim lex satisfactionem exigit, fidejussoribus ea præstanda
est. *l. 1. ff. qui satisd. cogunt. l. ergo* 4. §. *addici* 8. ff. *d. fidecommis. liberr.* ubi inter satisfactionem & pignora manifesta sit oppositio.
11. Atquin * satisfacere necesse habent tutores & curatores. *rubric. &*
12. *pr. h. t. & s. t. ff. rem pupill. salv. fore.* Eandemque * sententiam
compro-

bat quoque *l. pratoria satisfationes 7. ff. d. Prator. stipulat.* ubi respondet Ulpianus JC. Prætorias satisfationes personas desiderare, pro se intervenientium, neque pignoribus quem neque pecuniæ vel auræ vel argenti depositione in vicem satisfationis fungi. Aliàs * verò ubi cautione contentæ sunt leges, tam fidejussoribus quàm pignoribus præstari ea potest: *l. 1. §. jubet autem 9. ff. d. collat. bon. imò * nudà etiam repromissione. l. si sancimus 3. C. d. verb. & rer. significat.* Cautionis * enim nomen generale est, tam pignora quàm fidejussores complectens; satisfationis verò nomen speciale est, fidejussores præcisè exigens.

Quibus * negotium haud facessit: plus cautionis in re esse quàm in persona. *l. plus cautionis 25. ff. d. R. I.* Etenim * confer-
tur in *d. l. 25.* pignus non cum fidejussore, sed cum debitore principali: quasi dicat ibi Pomponius JC. expedire magis ipsi pignori incumbere idque possidere, quàm actionem personalem contra debitorem principalem, etiam idoneum, intentare, §. unde constat 14. in-
stit. d. obligat. quæ ex delict. nasc. litisque periculum subire. *l. si is qui 59. ff. d. furt. Philipp. Dec. add. l. 25. n. 1. & 2. Cagnol. ibidem & Ræ- ward. Ungepaur. Exercit. 4. q. 12.*

Et * hoc ita in Hispania servari ac practicari; dicit Johan. Gutierrez. *d. c. 12. n. 11.* Verùm * hodie in Imperio Romano neque fidejussoribus neque pignoribus cavent tutores & curatores; sed sub generali hypotheca omnium bonorum jurant: se bona pupilli vel minoris fideliter esse administraturos, nec quicquam de eis sine Magistratus decreto alienaturos: quod sancitum primò Augu-
stæ *d. Ann. 1548.* & à Rudolpho I I. Imperatore postea confirma-
tum est. *Constit. cap. 31. Anton. Matth. ad pr. h. t. pag. m. 65. & 66. D. Harpp. ibidem n. 15.*

Secundùm * statuta verò renovata Illustris Academiae Tu-
bingensis tutor in sequentia 5. capita jurare debet: 1. Velle se pu-
pillorum omnia mobilia & immobilia bona præsentibus ab Uni-
versitate deputatis testibus in inventarium referre, vel si relata sunt
fideliter custodire. 2. * Velle pupillorum commoda & utilitates
ubiq; promovere, damna cavere & avertere: Res eorum sine Recto-
ris & Senatus prævia cognitione & decreto nec alienare nec oppi-
gnorare. 3. * Velle pupillos ad veram pietatem & sanctam morum
integritatem informare, ubique defendere, eorundem jura & pri-
vilegia

23. vilegia tueri. 4. * Velle sub hypotheca omnium bonorum, res pupillares omnes factas rectas servare, nec quicquam in proprios
 24. usus convertere. 5. * Velle omni officio cum fide & conscientia recta defungi: & quoque tempore requisitum, Rectori, Cancellario & Decanis justas rationes & reliqua reddere. Stat. Renovat. Aca- dem. Tubing fol. 148. & seq.

Controversia II.

De Magistratum levi culpa hæredes non tenentur.

Summaria.

- Quo casu actio tutelæ subsidiaria adversus Magistratum datur. n. 1.
 Eadem actio adversus hæredem quoque Magistratus competit. n. 2 & 3.
 Quod doli ratione & latæ culpæ procedit; non verò ratione levis culpæ ipsius Magistratus. n. 4 & 5.
 Quæ decisionis hujus ratio sit. n. 6.
 Cujacius in l. 2. C. d. Magistrat. conven. primam negationem malè expungit. n. 7.
 Cujus emendationis eum postea pœnituit. n. 8.
 Obstat l. cum ostendimus 4. ff. d. fid. tut. & curat. n. 9.
 Ad quam respondetur. n. 10.

1. **Q**Uando * Magistratus satisfactionem à tutoribus vel planè nullam exegerunt, vel non satis idoneam receperunt; tùm principalibus prius excussis actio subsidiaria in eos datur. §. sciendum 2. h. t. & t. t. ff. & Codic. d. Magistrat. conven. Quæ * sanè actio non solum adversus ipsos Magistratus datur; sed etiam eorum hæredes, & quidem in solidum. Pro * Regula enim traditur: ex contractibus in solidum teneri hæredes. l. ad ea 157. §. ult. ff. d. R. l. l. ex depositi 12. l. ex contractibus 49. ff. d. O. & A. Et * hoc procedit ratione doli & latæ culpæ, quæ in civilibus æquiparantur; fallit autem in culpa levi ipsius Magistratus, quam hæres ejus præstare non cogitur: veluti hoc traditur in l. non similiter 4. ff. d. Magistrat. conven. ubi respondet Ulpianus JC. Magistratum quidem in omni periculum succedere: hæredem ipsius dolo proximè culpæ succedaneum esse. Et * in l. in hæredes 2. C. eod. tit. rescribit Alexander Imperator: in hæredes Magistratus, cujus non latâ culpâ idoneè cautum

cautum pupillo non est, non solere actionem dari. Cujus * decisionis ratio est: quod actio hæc subsidia-^{rio} sit pœnalis; l. fin. ff. d. t. itaque non ut in ipsos datur Magistratus, ita & in eorum hæredes dabitur.

Malè * igitur Cujacius *libr. 13. observat. 39. in d. l. 2.* primam negationem *Non* expungit: cujus * deinde emendationis pœnituit eum l. 21. *observat. 2.* Neque * facit pro Cujacio l. *cum ostendimus 4. ff. d. fidejuss. tut. & curat.* ubi respondet Ulpianus J.C. negligentiam planè propriam hæredi non imputari. Hoc * enim sic accipiendum est: non quod ipsius defuncti negligentia hæredi imputetur; sed ita, ut ne propria quidem imputetur, quod majorem dubitationem habere videbatur: quippe nam adversus hæredem tutoris ex proprio dolo in litem juratur; contra quem tamen ex ipsius tutoris dolo non jurari in litem, eadem illa lex haud obscure probat: veluti hoc ita explanat Antonius Faber *conject. libr. 1. c. 12. Bachov. in not. & animadvers. in w. Wesenbec. n. 4. versic. quatenus lata culpa & in comment. ad §. sciendum 2. h. t. ad verba quæ quidem. Trentler. p. 2. disput. 9. th. 7. lit. E. Forster. disput. 5. th. 4.*

De EXCUSATIONIBUS TUTORVM.

TITULUS XXV.

Controversia I.

Tutela publicum munus est.

Summaria.

Vocabuli muneris triplex est significatio. n. 1.

Alia eius significatio. n. 2. 3. & 4.

Differentia oneris & officii. n. 5.

Quid sit publicum munus. n. 6.

Quotuplex sit Civile munus. n. 7.

Patrimoniale onus aliud merum est aliud mixtum. n. 8.

Quid sit merum. n. 9.

Ff :

Quid

Quid mixtum. n. 10.

Quid sit personale munus. n. 11.

Quod vel ad causam privatam, vel ad publicam spectat. n. 12.

Ad rem privatam pertinet onus tutelæ & curæ. n. 13.

Ad rem publicam spectat Syndicatus, Quæstura, legatio, &c. n. 14.

Quæ sint officia publica. n. 15.

Tutela publicum dicitur munus. n. 16.

Objectio ex l. si duas 6. §. tutela 15. ff. h. t. n. 17.

Ejus solutio. n. 18. & 19.

- I. **M**Unus * triplicem habet significationem. 1. Significat donum: 2. onus: quod cum remittitur vacationem militiæ munerisq; præstat: unde immunitas: 3. significat officium: unde munera militaria & quidam milites munifici, quæ propter munera militiæ facere coguntur. l. munus 18. ff. d. V. S. ibiq; Johan. Gædde.
2. Munus * ad civilem administrationem relatum & onus & officium significat: d. l. 18. l. 1. ff. ad municip. l. 1. 2. 3. 8. & l. fin. ff. ad L. Iul. repet. quod necessariò obimus lege, more imperiove ejus, qui jubendi habet potestatem. l. munus 214. ff. d. V. S. Onus * illud
3. plerunque civile munus vocatur; officium * verò publicum munus. Publicum munus * est officium privati hominis, ex quo
4. commodum ad singulos universosque cives remque eorum imperio Magistratus extraordinarium pervenit. l. pupillus 239. §. munus 3. ff. d. V. S.
5. Munus * civile sive onus autore Hermogeniano JC. in l. 1. ff. d. mun. & honor. est duplex, patrimoniale & personale. Patrimoniale * verò aliud merum est aliud mixtum: merum, * quod solo ac mero patrimoniali sumptu propter ipsum patrimonium expeditur: hoc est, quod ipsis rebus, patrimonii possessionibusque
6. jungitur, ut sunt agminales equi vel mulæ, & angariæ atque veredi, certi frumenti annui præstatio. l. honor 14. & l. fin. §. patrimoniorum ff. d. mun. & honor. Mixtum est, * quod periculo ac sumptu patrimoniali cum animi provisione corporis vel labore expeditur: cujusmodi est munus decaproti & isocaproti d. l. fin. §. mixta ff. d. t.
7. 8. Personale * munus est, quod animi provisione & corporalis laboris intentione sine aliquo gerentis detrimento expeditur: & * hoc vel ad causam privatam vel publicam spectat. d. l. 1. & d. l. fin.
9. Unde * illud privatum, hoc publicum munus appellat Callistratus JC. in d. l. honor 14. §. fin. d. mun. & honor. Ad * rem privatam
10. pertinet
- 11.
- 12.
- 13.

pertinet onus tutelæ & curæ: ad * publicam spectat causam, Syndicatus, Quæstura, Legatio, Annonæ, Aquæductus, frumentorum publicorum comparandorum, publicæ viæ muniendæ cura. *d. l. r. §. 1. d. l. fin. §. 1.* Atque hæc omnia, cum sint sine honore, onera nuncupantur.

Officia * verò publica sunt, quæ consistunt in honorifica Reipublicæ administratione, sive ea annexum onus habeat, sive nullum. *d. l. 14. & d. l. fin. §. hæc omnia & §. seq.*

Quibus ita præmissis ad veram principalis controversiæ nostræ decisionem facilius pervenire poterimus: an nimirum publicum sit munus tutela, an verò privatum. Et * sanè publicum dicitur munus *in pr. h. t. l. non tantum 17. §. fin. ff. d. testament. tut. l. si minores 2. §. quæ autem 2. ff. qui pet. tut. vel curat. & l. filiusfamiliâs 9. ff. d. his qui sui vel alien. jur.*

Non * obstat quòd non solum suprà dictum fuit, ad rem privatam pertinere tutelam & curam, sed etiam tutelam Reipublicæ munus esse negat Modestinus JC. *in l. si duas 6. §. tutela 15. ff. h. t.* Etenim * licet non principaliter publicum munus sit tutela; tamen non impropriè ita indigitatur: propter auctoritatem sc. quam à publicis legibus assumit tutela, & quòd invito ac in invitum datur, atque in consequentiam Reipublicæ utilitatem concernat. *Alex. d. Imola cons. 123. n. 3 versic. quod quidem &c. vol. 5.* Nam * tripliciter aliquid publicum dici solet. 1. Propriè, quod ad Rempubli-
cam spectat, ut Magistratus, Legatio: &c. 2. non impropriè, ut tutela: 3. impropriè, ut postulatio, procuratio, arbitrium, testamentum, iudicium publicum. *Jacob. Cujac. ad l. 2. ff. d. R. I. lit. D. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 3. c. 9. lit. A.*

Controversia II.

Magistratus à tutela vel cura excusare se possunt.

Summaria.

Magistratus majores tutores esse nequeunt. *n. 1.*

Nisi testamento dati fuerint tutores. *n. 2.*

Minores Magistratus possunt esse tutores. *n. 3.*

Tam Magistratus majores quàm minores, jure dati tutores, excusare se queunt. *n. 4.*

Exceptis

Exceptis Ædilibus. n. 5

Obicitur *l. tutor* 20. §. 1. ff. d. testament. tut. n. 6.

Respondetur. n. 7. & 8.

Obicitur & *l. propter* 23. pr. ff. h. t. n. 9.

Doctores, Magistri & alii literati, docentes in publica Universitate, excusan-
tur à tutela & cura. n. 12.

Et qui in aliqua disciplina eminentes sunt, ubicunque doceant. n. 13.

1. **M**agistratus * Majores, veluti Romæ Consul, Prætor, in Pro-
vinciis Præsides & Proconsules tutores esse nequeunt, ut ma-
ximè velint: præterquàm * ubi testamento dati sunt tutores. *l. tu-*
2. *tor* 20. §. 1. ff. d. testament. tut. Minores * autem Magistratus, veluti
3. in Municipiis Duumviri, &c. possunt esse tutores. *l. non tantum* 17. §.
sanè 5. ff. h. t. §. & qui 3. h. t.
4. Veruntamen * licet Magistratus tam majores quàm mino-
res jure dati fuerint tutores, tamen excusare se possunt. §. 3. h. t. &
5. *d. l.* 17. §. 5. Exceptis * Ædilibus. *d. l.* 17. §. is qui 4. *l. si duas* 6. §. re-
6. mittuntur 16. eod. tit. Non * obstat *d. l. tutor* 20. §. 1. ff. d. testament.
tut. ubi ait Paulus J.C. quemlibet posse tutorem dari, siue is Prætor
7. sit siue Consul. Etenim * præsupponit excusatio tutelam ipso ju-
8. re subsistere: quin * non excusant se tutores alii, quàm ritè dati.
l. scire oportet 13. §. qui non justè fin. ff. h. t.
9. 10. Non * obstat etiam *l. propter* 23. pr. ff. h. t. siquidem * *d. l.* 23.
de eo loquitur, non qui gerit Magistratum, sed qui Magistratum
11. gesturus est. Hic * excusare se non poterit: quippe cùm excusa-
tionis ratio tùm cesset. Hillig. Donell. enucleat. libr. 3. cap. 9. lit. K.
D. Harppr. ad d. §. 3. n. 4. Bachov. ibidem n. 3.
12. Cæterùm * non solùm Doctores, Magistros & alios litera-
tos, in publica Universitate docentes, excusari à tutela & cura; sed
13. etiam * in quavis disciplina eminentes, ubicunque doceant, habe-
tur in *l. sed & probari* §. amplius ff. d. excusat. & traditur à Johann.
Gutierrez. d. tut. & cur. p. 1. c. 21. n. 26. & seqq.

Controversia III.

*Cæcus etiam à tutela & cura excusationem
habet.*

Summaria.

Cæcus susceptam tutelam deponere potest. n. 1.
 Et à delata tutela jure se excusat n. 2.
 Obiectio ex l. etiamsi 16. ff. d. autorit. præst. n. 3.
 Responsio n. 4.
 Limitatio n. 5.

Post * susceptam tutelam cæcum, aut surdum, aut mutum, aut furiosum, aut valetudinarium deponere tutelam posse; tradit Paulus J.C. in l. post susceptam 40. ff. h. t. & rescribitur in l. unic. C. qui morbo. Multo * igitur magis à tutela delata excusare se poterit cæcus.

Neque * obstat l. etiamsi 16. ff. d. autorit. præst. ubi ait idem Paulus: quòd, etiamsi cæcus factus sit tutor, autoritatem suam ininterponere possit. Etenim * si velit cæcus, retinere tutelam potest; sin verò nolit, excusatio ejus admittitur.

At * is, unum qui habet oculum, non solum suscipere potest tutelam; sed nec excusationem habet. l. frater 9. C. h. t. Vid. Joh. Gutierrez. d. tut. & cur. p. 1. c. 20. n. 21. Timæ. Fab. disp. 20. th. 9.

Controversia I V.

Imperitus literarum jure se excusat.

Summaria.

Literarum imperiti in duplici sunt differentia. n. 1. 2. & 3.
 Qui neque legere neq; scribere sciunt à tutela excusationem habent. n. 4. & 5.
 Excipitur, nisi negotiorum experies non sint. n. 6. & 7.
 Oppositio ex §. similiter 8. h. t. n. 8.
 Responsio. n. 9. 10. & 11.
 In Hispania rustici literarum imperiti, sagaces tamen, à tutela non excusantur. n. 12.
 Quod in inclyto Ducatu Würtembergico quoque observatur. n. 13.

Imperiti * literarum in duplici sunt differentia. Sunt * enim qui literarum studiis quidem non sunt dediti, sed tamen legere & scribere sciunt: & * sunt, qui ne quidem legere & literas pingere possunt, de quibus in l. libellorum 3. ff. d. accusat. Illi * excusare se à tutela non possunt; hi verò se excusant, veluti ita Divum Pium rescripsisse, dicit Justinianus Imperator in §. similiter 8. h. t.

5. Ratio est: * quòd hi accepta & exposita consignare nesciant. Ex-
6. cipitur * nisi negotiorum expertes non sint literarum imperiti, sicut respondit Modestinus JC. in l. si duas 6. §. de rusticis 19. ff. h. t.
7. Licet * enim hi nihil consignare possint; tamen memoriâ pollere solent.
8. Non * igitur obstant d. §. 8. illa verba: *quamvis & imperiti literarum possint ad administrationem negotiorum sufficere*: quæ verba ampliationem continere videntur, excusari sc. imperitos literarum, quamvis ad negotiorum administrationem sint sufficientes.
9. Etenim * dictio *Quamvis* in d. §. 8. non ampliativè sed exceptivè
10. accipi debet: siquidem * æquivoca dictio ex alio textu clariore explicanda est; adductus verò textus ex d. l. 6. clarè satis loquitur.
11. Et * aliàs voculam *Quamvis* exceptivè quoque solere poni; colligitur ex l. tigni appellatione §. si quis 5. ff. ad exhiben d. l. ubi autem 75. §. qui verò 6. ff. d. V. O. l. Pratoria stipulationes 2. §. incertum 2. ff. d. Prator. stipulat.
12. Unde * in Hispania cautum esse Regiâ Lege, ne rustici literarum imperiti, sagaces tamen, excusationem à tutela & curatela habeant; tradit Gutierrez. d. tut. & cur. d. cap. 21. n. 17. Et * in inclyto hoc Ducatu Würtembergico constat: rusticos imperitos literarum, sed tamen negotiorum non expertes tutelas suscipere compelli; in concipiendis autem & conscribendis rationibus publicorum Scribarum operâ uti solere, Add. & Francisc. Duaren. disp. anniversar. libr. 1. c. 3. Anton. Augustin. ad l. 6. §. fin ff. h. t. Hilliger. in Donell. enucleat. libr. 3. c. 9. lit. C. Timæ. Fab. disput. 15. th. 13. Anton. Matth. ad d. §. 3. h. t. p. m. 68. Uingepaur. Exercit. 4. q. 14. Forster. disp. 5. th. 6. Everh. Bronch. micellan. controuv. cent. 2. assert. 5. Arumæ. Exercit. 3. th. 29.
- 13.

Controversia V.

A tutela delatione appellari non potest.

Summaria.

Olim ab ipsa delatione tutelæ appellari debebat. n. 1.

Quod postea Divus Pius correxit. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.

Obiectio ex l. scire oportet 13. pr. & l. tutores 18. C. d. excusat. n. 11.

Solutio. n. 12. & 13.

Sententia nostra communis est. n. 14.

Olim.

Olim * per viam appellationis procedebant excusationes tutorum & curatorum: à quo enim. datos se esse cognoverant tutores & curatores, statim ab ipsa delatione appellare necessè habebant. Quod * postea correxit Divus Pius, ita ut hodie excusationum causæ allegari debeant, quæ si fuerint repulsæ, tùm demum provocare liceat. Ita * respondit Ulpianus JC. *in l. 1. §. 1. ff. quand. appelland.* ubi dicit: si quis tutor datus fuerit, vel testamento vel à quo alio, qui jus dandi habet, non oportet eum provocare, hoc enim Divus Marcus effecit, sed intrà tempora præstituta excusationem allegandam habet, & si fuerit repulsæ, tùm demum appellare debet. In * qua lege illa verba *et si fuerit repulsæ tunc demum appellare debet*, probè consideranda erunt: si * enim tunc demum appellare debet tutor, ubi repulsæ est excusatio; sequitur eum ante repulsam malè appellationem interponere: siquidem * verbum *debet* necessitatem imponit, & verba *tùm demum* ita emphatica sunt & exclusiva, ut nullum alium modum admittant.

Quod * & comprobatur Modestinus JC. *in d. 1. scire oportet pr. in fin.* ubi ait: adversus sententias auferentes eis excusationes, licentiam habent appellandi. Ex * quo à contrario sequitur: antequàm lata fuerit sententia, nimirum postquàm delata est tutela; tutores provocandi licentiam non habere.

Et * idem vult Justinianus Imperator *in §. qui autem 16. h. r.* dicens ibi: qui excusare se volunt non appellant, sed intrà 50. dies continuos, ex quo cognoverint se esse tutores vel curatores datos, se excusare debent. In * quo textu similiter necessitas imponitur tutoribus & curatoribus, excusare se volentibus, intra præstitutum tempus se priùs excusandi, quàm appellationem interponant, quod verbum *debent* *in d. §. 16.* positum exigit.

Verùm * adversari videtur *d. l. 13. in pr. & l. 18. C. d. excusat.* in quibus traditur: quod appellare necessè non habeant tutores; Ergò si velint, appellare poterunt. Verum enim verò * quomodò intelligi hoc debeat, exprimitur in eodem: *d. l. 13. pr. circ. fin.* quòd sc. ideò necessè non habeant appellare tutores; quia nec appellandi licentiam habent: superfacuò * igitur & frustra appellationem à ipsa tutelæ delatione interponerent.

Quæ * est communis Dd. sententia. Accurs. Bald. Schneidevvin. & Mynsing. *ad d. §. 16.* Vincent. Manzin. *d. tut. q. 1. sept.*

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

q. pr. n. 3. & 4. Donell. libr. 3. c. 9. & ibi Hillig. in not. lit. R. Duaren. ad tit. ff. d. excusat. c. 1. Wefenbec in æ. ff. h. t. n. 4. ubi diff. Bachov. Anton. Matth. ad d. §. 16. p. m. 70. Arumæ. Exercit. 3. th. 21. Forster. disput. 5. th. 7. Hackelman. illustr. quæst. disput. 15. th. 20. lit. E. & F.

Controversia VI.

Legitimi quoq; tutores excusare se possunt.

Summaria.

Sententia nostra probatur. n. 1. 2. 3. & 4.
Obstat *l. scire oportet* 13. pr. ff. h. t. n. 5.
Respondetur. n. 6.

1. Quid * legitimi tutores à tutela excusare se possint; textibus juris probatur quàm perspicuis: veluti *l. 1. C. d. legit. tut. Novell. 118. c. fin.* Et * optimè facit §. *qui autem* 16. h. t. ubi ait Justinianus Imperator: excusare se debere tutores vel curatores, cujus-
 2. cunque generis sint, id est, qualitercunq; dati fuerint. Atquin * &
 3. legitimi tutores dantur; licet non ab homine, tamen à lege 12. *Tabular.* Idque * colligitur ex definitione tutelæ, suprâ in §. 1. d. *tut.*
 4. tradita, ibi, *data & permissa*: sub quibus verbis dubio procul & legitima tutela continebitur.
5. Neque * obstat *l. scire oportet* 13. pr. ff. h. t. in qua dativorum & testamentariorum tutorum excusationis solùm mentio habetur.
6. Tamen * enim in *d. l. 13.* de legitimorum excusatione nihil dicatur; de hac tamen agitur in aliis legibus, nimirum in *d. l. 1.* & *Novell. 118.* D. Herman. Vultej. ad pr. h. t. n. 6. Anton. Matth. ad d. §. 16. h. t. p. m. 71. Cluten. disput. 15. th. 15. Hillig. in Donell. enucleat. lib 3. s. 9. lit. x. Timæ. Fab. disput. 10. th. 15. Ungepaur. Exercit. 4. q. 13. Forster. disput. 5. th. 8. Arumæ. Exercit. 3. th. 22.

De SUSPECTIS TUTORI- BUS VEL CVRATO- RIBUS.

rum favorem; quorum interest de suspecto tutore quàm primùm cognosci & pronunciari. D. Harppr. ad §. 1. h. t. Hunn. variar. resolut. libr. 1. tr. 4. q. 27.

5. Hodie * tamen de crimine hoc cognoscunt omnes iudices, qui tutores dare possunt, teste Schneidevino ad d. §. 1.

Controversia III.

Tutor ob dolum remotus ut suspectus, famosus fit; ob latam culpam non aequè.

Summaria.

Dolus & lata culpa nominibus & re ipsâ differunt. n. 1. & 2.

Dolus & lata culpa in jure invicem distinguuntur. n. 3.

Dolo interdum æquiparatur lata culpa. n. 4.

Quod in consequentiam trahendum non est. n. 5. 6. & 7.

In contractibus solum non verò in delictis lata culpa dolo æquiparatur. n. 8.

Tutor ob dolum remotus famosus fit, ob culpam non aequè. n. 9. 10. 11. 12.

13. 14. 15. 16. & 17.

Obstat. l. impuberibus 6. §. si fraus 1. ff. h. t. n. 18.

Respondetur. n. 19. 20. & 21.

Obstat etiam l. ult. ff. ubi pupillus educari debeat. & l. probum 42. ff. d. V. S. n. 22. & 23.

Respondetur. n. 24. 25. & 26.

1. **U**T * nominibus differunt dolus & lata culpa; ita etiam effe-
2. ctu & re ipsâ: quippe * diversam utrumque habet pœnam.
3. l. in lege Cornelia 7. ff. ad L. Cornel. d. Sicar. Unde * passim in legibus dolus & lata culpa invicem distinguuntur, ut in l. quicquid 7. C. arbitr. tut. l. is qui 2. C. d. in lit. jur. l. 1. C. deposit. l. tutori 20. C. d. negot. gest.

4. Tametsi * verò dolo æquiparetur interdum lata culpa; hoc
5. * tamen perpetuò non fit, neque in consequentiam aliquam trahi
6. debet. Quod * enim contra juris rationem receptum est, id in consequentiam trahendum non esse; respondit Paulus J.C. in l. quod verò 14. ff. d. LL. Cùm * aliàs quoque odia restringi & favores ampliari, conveniat. c. odia d. R. l. in 6. Quare * in casibus in jure expressis, videlicet in contractibus non verò in delictis, lata culpa dolo æquiparatur. l. quod Nerva 32. ff. depos. l. magna 226. ff. d. V. S.
7. Hinc * etiam tutor ob dolum remotus famosus fit; ob culpam
8. non
9.

non æquè, veluti hoc traditur in §. *suspectus autem* 6. h. t. Qui * sanè
 textus tam de lata quàm levi culpa accipiendus est: siquidem * in
 genere & indefinitè loquitur; lege igitur non distinguente, nec
 nostrum erit distinguere. l. de pretio 8. ff. d. publican. in rem action. l. 1.
 §. generaliter ff. d. legat. prestand. Et * quod de toto vel genere
 dicitur; id in omnibus partibus, gradibus & speciebus valere de-
 bet. l. item legat. 49. §. item interest 3. ff. d. legat. 3. l. 1. §. ait. 2. ff. quæ
 in fraud. credit. Hûc * etiam imprimis confert: quòd ubique doli
 duntaxat fiat mentio. l. ult. C. h. t. Et * illud: famosas causas cri-
 minalibus comparari. l. isti quidem 8. §. quòd si 2. ff. quod met. caus. l.
 iusta 9. pr. ff. d. man. vind. Atquin * in criminalibus latam culpam
 pro dolo haud reputari; respondetur in d. l. 7. ff. ad L. Cornel. d. sicar.
 Quibus * accedit: quòd lex eo de casu intelligi debeat, de quo
 magis dubitari posset. l. quod Labeo 9. ff. d. Carbon. Edict. Major *
 autem dubitatio est: num tutor ob latam culpam remotus infamis
 fiat, quàm si quærat, num ob levem: imò nulla videtur hîc du-
 bitatio, quin famosus non fiat.

Verùm * objicitur l. 7. §. 1. ff. d. suspect. tut. ubi ait Ulpianus
 JC. quòd, si fraus non sit admittenda, sed lata negligentia, quia ista pro-
 pè fraudem accedat; removeri hunc quasi suspectum oporteat.
 Respondemus: * decisionem d. l. 7. veram esse respectu remotionis.
 Ob * latam culpam removetur quidem tutor, quasi suspectus;
 non tamen fit infamis: diversa * enim sunt hæc duo; ideoque ab
 uno ad alterum mala fit illatio. l. Papinianus 20. ff. d. minor.

Objicitur * etiam l. ult. ff. ubi pupill. educar. deb. in qua tu-
 tor ob negligentiam & nimiam cessionem remotus, tutelâ cum
 nota abire dicitur: item * l. probrum 42. ff. d. V. S. ubi tutelæ dam-
 nari probrum dicitur more Civitatis. Verùm * licet tutor ob ne-
 gligentiam & latam culpam remotus famosus non fiat; commu-
 nem tamen hominum notam & exprobrationem minimè effugiet.
 Rectè * igitur in d. l. 42. dicitur: tutelæ damnari probrum esse
 more Civitatis, non naturâ: cùm * etiam in hominem idoneum
 incidere hoc possit. Gloss. & Dd. in pr. l. fin. C. h. t. & Gloss. in l. in
 actionibus ff. d. in lit. jur. verb. non etiam ibidem q. Jason. n. 24. Gutie-
 rez. d. tut. & cur. p. 2. c. 18. n. 18. D. Harpprecht. ad §. 6. h. t. n. 2. &
 mult. seqq. & ibi Anton. Matthæ p. m. 74. Cluten. disput. 15. th. 17.
 D. Rümelin. Exercit. 4. th. 17. Arumæ. Exercit. 3. th. 23.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

Controversia IV.

Tutor vel curator de levissima culpa non tenetur.

Summaria.

In Contractibus prout utilitas unius, vel alterius, vel utriusque vertitur, dolus, lata, levis & levissima culpa præstari debent. n. 1. & 2.

Dolus & lata culpa in deposito præstantur. n. 3. & 4.

In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas, culpa levis præstanda est. n. 5. & 6.

In commodato levissima culpa præstari debet. n. 7. & 8.

In tutelæ actione culpa levis non levissima præstanda est. n. 9. 10. 11. & 12.

Obijcitur *l. tutoribus 4. C. d. peric. tut.* n. 13.

Respondetur. n. 14. 15. & 16.

A culpa immunis est tutor, ubi quid præsentibus pupilli amicis fecit. n. 17.

Tutor de levissima quoque culpa tenetur, quando se exactas rationes redditurum promisit. n. 18.

1. **I**N * contractibus aliisq; negotiis interdum dolus (sub quo & lata culpa continetur) interdum levis, interdum verò levissima culpa præstanda venit: nimirum * quatenus unius, vel alterius, vel utriusque utilitas versatur. Dolus * & lata culpa præstantur in deposito: quoniam * sola deponentis non depositarii in eo vertitur utilitas. Culpa * levis præstatur in empto, in locato, in dote, in pignore & in societate: cum * in iis utriusque versetur utilitas.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.
- 6.
7. Diligentia * sive levissima culpa (quæ duo sibi invicem opponuntur) est præstanda in commodato: quippe * solius commodantis hîc utilitas versatur: veluti differentiam hanc ponit Gajus JC. in *l. si ut certo 5. §. nunc videndum est 2. ff. commodat.* & Ulpianus JC. in *l. contractus 23. ff. d. R. I.*
- 8.
9. Quando igitur quæritur, quid tutor in tutelæ actione præstare debeat; dicendum est, * eum præter dolum & latam culpam, levem quoque non levissimam præstare oportere: nulla
10. * enim tutoris sed solius pupilli vertitur hîc utilitas. Itaque
11. * si culpa levis solum tûm est præstanda, cûm utriusque versatur utilitas; quid ni & quidem multò magis præstanda veniat, ubi nulla ejus versatur utilitas qui eam præstare, sed illius solum cui præstari debet. Cui * rationi & hæc additur: quòd alienarum rerum cura difficilis sit; tutor verò non ex voluntate, sed ex necessitate tutelæ officium suscipiat.
- 12.

Non

Non * obstat *l. tutoribus 4. C. d. peric. tut.* ubi habetur: tutoribus & curatoribus fortuitos casus, adversus quos caveri non potuit, imputari non oportere, sæpè rescriptum esse. Nam * respondemus: argumentum à contrario sensu in legibus Codicis non procedere: quippe * quæ ad facti species concipi soleant. Quapropter * Regulæ suprâ traditæ inhærendum & leges Codicis cum aliis Codicis legibus jungendæ erunt. Bartol. *consil. 149. n. 3.* Schneidevvin. *ad d. §. suspectus 6. n. 6. h. t.* Wesenbec. *in w. ff. d. tut. & rat. distrab. n. 5.* Manzin. *d. tut. & cur. n. 7.* Piagg. *d. tut. & cur. q. 19. n. 13.* Decian. *resp. 85. n. 27. vol. 2.* Pruckman. *consil. 20. n. 121. vol. 2. & consil. 3. n. 69. vol. 1.* Berlich. *practicab. conclus. p. 2. conclus. 12. n. 29. & seqq.* Clut. *disput. 15. th. 18.* Treutler. *p. 2. disp. 9. th. 5. lit. C. & ibi Bachov.*

Cæterum * culpâ tùm vacare tutorem vel curatorem, ubi quid præsentibus pupilli amicis egit; consuluit Pruckman. *consil. 41. n. 30. vol. 1.* ubi *n. 5.* post Dd. quoque limitat: quòd, * si tutor præter satisfactionem à tutoribus requisitam expressè & ultrò promittat, se rationes exactas redditurum easque benè & diligenter conscripturum, promissio hæc, ut operetur aliquid, ad levissimam usque culpam extendatur: quod & tradit Cavalcan. *d. tut. & cur. n. 120.*

Controversia V.

Hæres culpam levem tutoris non præstat.

Summaria.

Verus sensus *l. 1. C. d. hered. tut. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.*

Quidam Interpretum voculam *Non in d. l. 1. expungunt. n. 9. & 10.*

Quorum sententia rejicitur. *n. 11. 12. 13. 14. 15. & 16.*

Alia Interpretum quorundam opinio, voculam *Non in d. l. 1. expungentium. n. 17. & 18.*

Antonii Fabri & Jacobi Cujacii responsio. *n. 19.*

Reinhardi Bachovii conciliatio ab Autore approbatur. *n. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. & 27.*

IN * *l. 1. C. d. hered. tut.* ita rescribunt Severus & Antoninus Imperatores: *Hæres tutorum ob negligentiam quæ non latæ culpæ comparari possit, condemnari non oportet.* Negligentia * autem quæ non latæ culpæ comparari potest, procul dubio erit culpa levis. Ti-

13.

14.

15.

16.

17.

18.

1.

2.

3. ber. Decian, *resp. 94. n. 22. vol. 3.* Non * ut quidam opinantur;
 4. ipsius hæredis; sed tutoris. Nam * *in l. non similiter 4. ff. d. Ma-*
gistrat. conven. idem respondet Paulus JC. & *in l. in hæredes 2. C. eod.*
 5. *tit.* rescribit Antoninus Imperator de hærede Magistratus. Et *
 quidem *in d. l. 4.* ita: quòd dolo Magistratus proximè culpæ succe-
 6. daneus sit ipsius hæres: quo ipso innuitur, culpæ levi ipsius Magistra-
 7. tus hæredē succedaneū non esse. Ergò * multò magis culpæ levi tu-
 8. toris hæres ejus succedaneus non erit: quippe * nam argumētatur
 Ulpian^o *in d. l. 4.* ab hærede tutoris ad hæredē Magistratus. Unde *
 patescit: *d. l. 1. C. d. hered. tut. de culpa levi ipsi^o tutoris accipiendā esse.*
 9. Quidam * etiam Interpretum *in d. l. 1.* particulam *Non ex-*
 10. *pungere audent, & ita legunt: Hæredes tutorum, ob negligentiam qua*
lata culpa comparari possit, condemnari non oportet. Et * hoc idèd,
 quoniam in contractibus quoque ex dolo & lata culpa defuncti
 non teneatur hæres; nisi quantum ad eum pervenerit. §. 1. *instit. d.*
 11. *perpet. & temporal. action. versic. aliquando tamen, ibi: velut cū testa-*
tor dolosè versatus sit, &c. Verum * malè hoc faciunt interpretes
 12. isti. Nam * id quod *in d. §. 1.* dicitur, exceptionis loco proponi-
 13. tur: veluti dictio aliquando ibi indicat. Regula est: * in contra-
 ctibus ex dolo defuncti in solidum teneri hæredem. *l. ex depositi 12.*
l. ex contractibus 49. ff. d. O. & A. l. hoc iure 152. §. in contractibus fin.
 14. *l. ad ea 57. §. in contractibus 2. ff. d. R. I. A* * qua Regula excipitur:
 nisi præter rei persecutionem pœna quoque petatur; tū enim
 15. pœnæ ratione non tenetur hæres: quippe * qui nullum delictum
 16. commiserit *arg. l. sancimus 22. C. d. pœn.* Quomodò * à prædicta
 Regulâ excipitur depositum, quod tumultus, incendii, ruinæ, vel
 naufragii causâ. *l. 1. §. 1. ff. deposit. Accurs. ad d. §. 1. lit. L. Philipp.*
Matthæ. ad l. 30. ff. d. R. I. n. 10. & mult. seqq. in hæredem enim ejus,
 cujus dolo malo factum esse dicitur, in simplum; quod ipsius mor-
 tui, in duplum judicium dat Prætor *d. l. 1. §. 1.*
 17. Deinde * ex hac causa quidam voculam *Non in d. l. 1. C. d.*
hered. tut. &c. delere haud verentur, quòd Regulæ præmissæ sub-
 jiciatur: *si non contra tutorem lis inchoata est, neq; ex damno pupilli lu-*
 18. *crum captatum, aut gratiâ præstitum sit.* Quibus verbis triplex pro-
 poni videatur exceptio. Atquin * ubi ex damno pupilli lucrum
 captatum, vel gratiâ præstitum; dolus utique præsupponendus sit,
 quomodò duæ postremæ exceptiones de regula non essent; quæ ta-
 lis:

lis: *de levi culpa tutoris heredem haud teneri*. Quod * quidem dubium ita diluit Antonius Faber, *libr. 1. conject. c. 12.* & Jacob. Cujacius *libr. 1. observat. 2.* quòd sc. *d. l. 1.* illa verba *si non, &c.* non in modum exceptionum regulæ subjiciantur, sed potius regulæ explicandæ gratiâ.

Verùm * Reinhardus Bachovius *in not. & animadv. ad Treutler. part. 2. disput. 9. th. 5. lit. D. & E.* dubium istud aliter & quidem melius judicio nostro remove videtur: nimirum, quòd cum nomine doli in cōtractu admissi in hæredes actio non tantum in id quod ad nos pervenit, sed qualis natura est in solidum detur; *d. l. ex contractibus 49. ff. d. O. & A. l. ad ea 157. in fin. ff. d. R. I.* etiam actio tutelæ propter dolum defuncti in hæredes danda sit, quæ si culpa levis solum fuisset, locum non habuisset. Cum * igitur ut dictum detur qualis est, hinc fiat, ut licet ei dolus aut lata culpa præbeat causam, nihilominus tamen in eam jam institutam propter qualitatem naturalem, levis quoque culpa veniat: & ita in casu admissi à tutore doli etiam levis culpæ nomine hæredes condemnentur: atque ita verba *d. l. 1. neq; ex damno pupilli, &c.* tanquam exceptio sub regulam, quòd ob levem culpam tutoris hæredes non condemnentur, referri possent.

Quæ * sanè responsio melior nobis videtur illâ Fabrianâ & Cujacianâ. Non * enim regulæ explicandæ gratiâ sed in modum exceptionis illa protulisse verba Imperatores, exinde verisimile atque adeò probabile fit: quòd verba illa, *si non contra tutorem lis inchoata est*, absque dubio ut exceptio à regula *in d. l. 1.* proponantur. Quoniam * autem sequentia verba, *neq; ex damno pupilli lucrum captatum aut gratia prestitum sit* cum verbis istis exceptionem insinuantibus conjunguntur, etiam tanquam exceptiones accipienda erunt: aliàs * enim dura non solum esset verborum illorum constructio, sed etiam inconcinna textûs explicatio. Et * hanc responsionem ideò etiam sequi placuit magis: quòd eo casu, quem ponit Bachovius, res ad rationem juris redit, quæ vult aliàs: ut de qua culpa tenetur defunctus; de eadem quoque hæres ejus teneatur.

Quia * enim singulare est, hæredem tutoris de levi culpa ejus non teneri; tantò igitur faciliùs illud hanc exceptionem admittet.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

Additamentum.

Minori adversus curatorem & durante curatela & finita ea singularis negotiorum gestorum actio competit.

Summaria.

- Impubes durante tutelâ neque tutelæ actionem neque negotiorum gestorum actionem singularem instituere potest. *n. 1.*
 Minor tamen negotiorum gestorum actionem singularem rectè instituit. *n. 2.*
 Quæ differentiæ ratio sit. *n. 3.*
 Obstare videntur. *l. 2. & 14. C. d. administrat. tut. n. 4.*
 Respondetur *n. 5.*
 Curator finita curatelâ utili tutelæ actione universali conveniri potest. *n. 6.*
 Omissum in tutelæ actione per singularem negotiorum gestorum actionem reparari potest. *n. 7.*

1. **I**mpubes * quidem durante tutelâ neque tutelæ actionem neque negotiorum gestorum actionem singularem rectè instituit; *l. nisi finita 4. pr. ff. d. tut. & rat. distrab.* alit * hanc minor durante etiam curatelâ contrâ curatorem benè intentat. *l. cum curatore 26. ff. d. administrat. tut. l. 1. §. cum eo 3. ff. d. eo qui pro tut. & c. l. si cum 16. §. 1. ff. d. tut. & rat. distrab.*
2. Differentiæ * rationem hanc dat Cujacius: *libr. 17. observat. 7.* quòd tutor in caput pupilli detur; non verò curator, qui rebus minoris administrandis constituatur.
3. Cui * sententiæ adversari videtur *l. adversus 2. & l. rationes 14. C. d. administrat. tut. vel curat. & c.* Verùm * respondemus: eas de universali negotiorum gestorum actione exaudiendas esse.
4. Cæterùm * finita curatelâ utili tutelæ actione universali conveniri potest curator. *l. si curator 3. C. arbitr. tut.* Si * tamen in tutelæ actione quid omissum fuerit; hoc per singularem negotiorum gestorum actionem reparari poterit. *l. curatoris 17. C. d. negot. gest. l. quicquid. 7. C. arbitr. tut.*

Treutl. p. 2. disp. 9. th. 7.

lit. E.

LIBER II.

De

RERUM DIVISIONE ET
ADQUIRENDO IPSARVM
DOMINIO.

TITULUS I.

Controversia I.

*Res quedam in patrimonio nostro habentur;
quedam verò extrà patrimonium no-
strum.*

Summaria.

Sententia nostra probatur. n. 1.

Cui adversari videtur. l. 1. ff. d. us. & usufr. legat. n. 2.

Conciliatio. n. 3.

Aliter Interpretum quidam d. l. 1. accipiunt. n. 4.

Quorum sententia reprobatur. n. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.



Hec * rerum distributio ponitur quidem;
in pr. h. t. sed * tamen imperfecta videtur, propter
l. 1. ff. d. us. & usufr. legat. ibi: quia id neq; ex bonis,
neq; extrà bona sit. Ex quibus verbis colligi posse
videtur: esse etiam res quasdam, quæ neque in
bonis nostris sint neque extrà bona nostra, puta
servitutes, &c. Verùm * respondetur: propriè quidem servitu-
tes in bonis nostris non esse, quia per se nusquam subsistunt; intel-
ligi tamen in bonis nostris esse, videlicet quatenus bonis nostris co-
hærent. & pro iis vindicandis in rem actiones nobis competunt. arg.
l. rem § 2. ff. d. adquir. rer. domin. Anton. Matth. ad d. pr. h. t. pag. m. 77.

Aliter * tamen quidam ex Interpretibus accipiunt, d. l. 1.
quasi in ea haud negetur, servitutes in bonis esse; sed usumfructum
solum servitutum. Quæ * sanè interpretatio placere nobis non po-
test:

- test: cùm *d. l. 1.* perspicuus hic sit sensus: quòd ususfructus, vel usus itineris, actus, viæ, vel aquæductus legari non possit. Ratio est: quoniam servitus servitutis esse non potest. Cui * obicitur *in d. l. 1.* Senatusconsultum, quo cavetur: omnium rerum ususfructum legari posse; Ergò & servitutum prædictarum ususfructus legari potest. Huic * objectioni respondetur: quòd servitutes neque in bonis sint neque extrà bona. Non * servitutes constituendæ, sed constitutæ: de * illis enim frustra quæreretur: quippe quæ nondum sint. De * servitutibus constituti loqui *d. l. 1.* indicat etiam objectio antedicta, in illis verbis consistens, *ut omnium quæ in bonis sint ususfructus legari possint*: quæ * sanè verba ipsum arguunt subjectum, in quo legari potest ususfructus. Ergò * & responsionem ad objectionem, quæ in illis verbis consistit, *quia id neq₃ ex bonis neq₃ extrà bona sit*, de eodem subjecto proferre Paulum, probabile est: nam * aliàs ad objectionem haud directè respondisset.

Controversia II.

Qui in diverticulo fluminis publici pluribus annis solus piscatus est; alium eodem jure uti prohibere potest.

Summaria.

Flumen quid sit, remissivè. n. 1.

Quod vel publicum est, vel privatum n. 2.

Publicum quod nam sit. n. 3.

Privatum quod sit. n. 4.

Descriptio fluminis publici & privati ab Interpretibus communiter recepta est. n. 5.

In flumine publico tria debent considerari: proprietas, jurisdictio & usus. n. 6.

Ad quem spectet proprietas & jurisdictio fluminis. n. 7.

Ad quem usus fluminis pertineat. n. 8.

Ius piscandi in flumine publico commune est. n. 9.

Si pluribus non pateat liber piscandi usus in diverticulo sc. is qui primò piscari cœpit alterum prohibere potest. n. 10.

Marciano IC. *in l. si quisquam* 7. ff. d. divers. & temper. præscript. contrarius esse videtur Papinianus *in l. præscriptio* 45. ff. d. usurpat. & usucap. n. 11.

Matth. Gribal, Connan. Balduin. & Curt. conciliatio. n. 12.

D. Harp.

D. Harpprechtii conciliatio. n. 13.

Autoris conciliatio. n. 14. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.

Ad veram juris piscandi præscriptionem tempus immemoriale requiritur.
n. 21.

Quid * sit flumen; constat ex l. 1. & t. t. ff. d. flumin. Quod *
vel publicum est, vel privatum. Publicum est, * quod per-
petuò fluit & inde perenne dicitur; Privatum * verò, quod per-
petuò non fluit, sed hyberno tempore fluere solet, indeque torrens
dicitur. l. 1. §. item fluminum 2. & seq. 3. d. t. Quæ * est communis
interpretum sententia. Bartol. Jas. & alii Interpretes in l. quò minus
ff. d. flumin. atque in §. flumina 2. h. t. Regner. Sixtin. d. Regal. libr. 2.
c. 3. n. 2. & seqq.

In * flumine publico tria consideranda sunt: proprietas,
jurisdictio & usus. Proprietas * & jurisdictio fluminis est in jure
populi atque Imperii, ejusque qui Regalia habet. Sixtin. d. Regal.
libr. 2. d. c. 3. n. 35. Usus * verò fluminis communis est omnibus:
id est singulorum utilitatibus patet; proinde flumen quò ad usum,
ut commune jure naturæ occupari potest. l. fluminum 24. ff. d. flum.

Sicut autem aqua profluens fluminis communis est; ita * &
jus in ea piscandi: adeò ut is, qui alium jure hoc uti prohibet, in-
juriarum actione teneatur. l. injuriarum 13. in fin. ff. d. injur. Si * ta-
men pluribus non pateat liber piscandi usus in augusto loco flumi-
nis, in diverticulo sc. (quod ipsum quoque publicum est l. 1. §. Ri-
pa 5.) tùm is qui primò piscari cœpit alterum eodem jure uti pro-
hibere potest, veluti disertè respondit Marcianus J.C. in l. si quis-
quam 7. ff. d. divers. & tempor. præscript.

Verùm * Marciano contradicere videtur Papinianus J.C. in
l. præscriptio 45. ff. d. d. usurpat. & usucap. ubi respondet Papinianus:
quòd præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca juris Gentium
publica concedi non soleat: quod exemplo ædificii in litore positi
& postea funditus diruti declarat J.C. & si quis, quòd in fluminis
publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eo-
dem jure prohibeat.

Quos * sanè J.C.C. alii aliter conciliare student. Matth. Gri-
bal. Mopha ad d. l. 7. Connan. libr. 3. c. 16. Balduin. in d. §. flumina
h. t. & Curt. libr. 1. ἐκαστῶν c. 54. d. l. 7. particulam Non adjiciunt
& legunt: alterum eodem jure uti non prohibet. Verùm vel desperata,
vel

1. 2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

vel nimis licetiosa hæc est conciliatio, quæ minimè acceptanda: cum satis habeam⁹, quo duo hi JCC. in concordiam reduci optimè queant.

13. D. Harpprecht⁹ * *ad d. §. 2. n. 5.* secutus Forner. *in l. 112. ff. d. V. S.* & Robert. *1. rec. lect. c. 17. ad d. l. 45* ita respondet: quod JC. *in d. l. 45.* eam tantum decidat quæstionem, an longi temporis præscriptionem is opponere possit, qui ideò alium prohibet, quod pluribus annis utendo flumine publico locum istum quasi possessione longissimi temporis obtinuerit, quem præscriptione loci se defendentem neget JC. prohibere posse alium, qui piscari eodem in loco velit. Quæ * quidem vera est sententia; veruntamen nec verbis nec
14. menti *d. l. 45.* satisfacit. Illa * igitur vera est dictorum JCC.
15. conciliatio: quod Papinianus de eo loquatur casu, quo is qui longo quidem tempore usus est jure piscandi, postea tamen uti eo &
16. in possessione esse desiit. Quæ * sanè conciliatio cum verbis & mente *d. l. 45.* optimè convenit, quin ex ipsa *d. l. 45.* desumpta est.
17. Nam * Papinianus JC. in sæpè dicta *l. 45.* æquiparat & comparat casum ædificii in litore extructi & postea funditus diruti cum jure
18. piscandi. Sicut * igitur prius exemplum à JC. prolatum loquitur de casu quo desiit possidere dominus ædificii; ita etiam alterum exemplum juris piscandi de eodem casu intelligendū erit: ubi enim eadem juris est decisio; ibi quoque idem casus in terminis suis præsupponendus erit. Petr. *d. Ravenn. Bart. in d. l. 45.* ubi Zas. hanc solutionem * communem & bonam & veram esse dicit. Eamque
19. * amplectitur quoq; Sixtin. *d. Regal. libr. 2. c. 18. n. 18. & 19.* Cujac. *ad d. l. 45.* Anton. Matth. *ad d. §. flumina p. m. 79.* Dionys. Gothofred. *ad d. l. lit. S.*
20.

21. Cæterum * ad veram & plenam præscriptionem juris piscandi tempus immemoriale necessarium esse; colligitur *ex c. super quibusdam §. præterea d. V. S.* Joh. Gutierrez. *Canonic. quæst. libr. 2. c. 28. n. 46.* Sixtin. *d. Regal. d. c. 18. n. 17.*

Controversia III.

In §. 9. h. t. particula Non expungenda non est.

Summaria.

Negativa §. 9. h. t. lectio. n. 1.

Affirmativa ejus lectio. n. 2. & 3.

Secundum rem ipsam utraque lectio veram habet sententiam. n. 4. 5. 6. 7. & 8.

Vulgo

Vulgo * negativè legitur §. h. 9. cui lectioni Pandectæ Norici consentiunt. At * Florentinus liber negationem non habet, nec * placet ea Theophilo, Paraphrastæ Græco.

Rem * ipsam quod concernit, utraque lectio veram continet sententiam. Nam * retentâ negatione verum erit: consentiente domino in locum alienum mortuum inferre licere; licet postea ratum non habeat dominus: consilium * enim mutare cum alterius jactura non licet. *l. nemo potest 75. ff. d. R. I. cap. 33. d. R. I. in 6. c. quod semel 21. eod. tit.*

Omissâ * negatione in §. h. 9. similiter verum erit: sufficere, si postea ratum habeat dominus: quippe * nam retrotrahitur rati habitio, *l. ult. C. ad Sct. Macedon. & mandato æquiparatur. l. semper 60. ff. d. R. I. l. cum decem 71. §. 1. & seqq. ff. d. solut. & liberat.* Hugo Donell. *libr. 4. comment. c. 1. ibiq.* Hillig. *in not. lit. M. D. Vultej. ad d. §. 9. n. 2.* D. Clut, *diatrib. disp. 16. th. 15.* Forster. *disp. 6. th. 4.*

Controversia IV.

Muros civitatum Municipalium transcendere capitale non est.

Summaria.

Affirmativa sententia probatur. n. 1. 2. 3. 4. 5 & 6.

Objectio. n. 7.

Solutio. n. 8.

Bartoli negativa sententia. n. 9.

Quæ communis est & practica. n. 10. 11. 12. & 13.

Romanarum * legum severitatem si intueamur, statuendum videtur: muros Civitatum municipalium transcendere capitale esse. Nam * in §. sanctæ 10. h. t. Civitatis muri ideò sancti dicuntur: quòd pœna capitalis in eorum violatores constituta sit. Atquin * & muri Municipiorum sancti sunt. *l. sanctum 8. §. fin. ff. d. R. D.* Deinde * in *l. ult. d. t.* in genere dicitur: violare muros capitale esse. Idemque * traditur in *d. §. 10. h. t.* Non minus * enim hostile & abominandum videtur in civitatibus Municipalibus, aliâ quàm per portas egredi; quàm in Urbe Roma. Neque * stringit exemplum Remi à Romulo interfecti: in *d. l. ult.* siquidem * exem-

pla non limitant vel restringunt regulam, sed explicant eam atque declarant. Gædd. in l. rei appellatio §. ff. d. V. S. n. 16. & 17. Wesenbec. in w. ff. d. R. D. n. 2. in fin. Besold. in delibat. ex libr. 1. pandectar. Ludovic. Roman. singul. 743. Hunn. variar. resolut. libr. 2. tract. 1. q. 11. Clut. disput. 16. th. 16. Timæ. Fab. disput. 12. th. 16.

9. Veruntamen * Bartolus; d. l. ult. ad murorum Urbis Romæ violatores restringit, dicens ibi: in murorum Municipalium violatoribus pœnam arbitrariam locum habere, putà pecuniariam, vel relegationem. Cujus * sententiam ut mitiorem & humaniorem communi calculo approbatam esse dicit Schneidevvinus: ad d. §. 10. n. 3. quam defendunt Alberic. d. Rosat. in d. l. ult. Nicol. Boër. decis. 282. ubi * præjudicium refert. Farinac. in pract. crimin. libr. 1. tit. 3. q. 20. n. 152. eamque * vidisse se practicari; testatur Jul. Clar. in pract. crimin. libr. 5. §. fin. q. 68. n. 29. Atque * pro hac mitiori sententia aliquando respondisse quoque Scabinos Lipsenses; meminit Matth. Berlich, in decis. aur. decis. 70. n. fin.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.

Controversia V.

Venatio subditis jure adempta est.

Summaria.

- De omni jure venatio omnibus hominibus permissa est. n. 1.
De jure Divino. n. 2.
De jure naturali sive Gentium & Civili. n. 3. 4. & 5.
Venatio temporis successu à Principibus ex justis & urgentibus causis subditis adempta est. n. 6. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.
Principes venationis jus immemoriali quoque præscriptione defendere possunt. n. 13. 14. & 15.
Cui præscriptioni subditi adqueverunt. n. 16.
Eamque usus & consuetudo confirmavit. n. 17.
Ita ut hodie venatio de consuetudine universali Regalibus adnumeretur. n. 18. 19. 20. & 21.
In tantum quoque ut nec ursos, apros, aliaque nociva animalia venari subditis liceat. n. 22.
A venationis jure jus foresti diversum est. n. 23. 24. & 25.
Oppositio. n. 26.
Responsio. n. 27. 28. & 29.
Alia oppositio. n. 30.
Responsio. n. 31. 32. 33. 34. & 35.
Principes venationis jus privilegio, præscriptione, vel alio justo titulo adquisitum auferre non possunt. n. 36.

Subditi

Subditi contra principum prohibitionem venantes capitali supplicio affici nequeunt. *n.* 37. 38. 39. 40. 41. & 42.

Andreae Fachinæi sententia. *n.* 43. 44. 45. 46. 47. & 48.

Quæ praticari solet. *n.* 49. 50. & 51.

DE * jure Divino, Naturali siue Gentium, & Civili venatio omnibus hominibus permiffa est. Ex * jure divino adducitur *Gen. c. 1. v. 26. 28. & 30. Gen. c. 9. v. 2. Levit. c. 17. v. 13. & c.* De * jure naturali siue Gentium & Civili omnibus communem esse venationem, probat §. 12. *h. t.* in quo dicitur: feras bestias & volucres & pisces & omnia animalia, quæ mari, cælo, terrâ nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure Gentium statim illius esse incipere. Idemque * traditur *in l. 1. & 3. ff. d. acquir. rer. domin.* Quod * jus Gentium Civile non solum confirmat, sed eò etiam extendit & producit, ut tam in suo quàm alièno fundo venari liceat, ita ut quicquid ceperit quis, ejus non domini fiat fundi. *d. §. 12. & d. l. 1. §. 1.*

Hoc * tamen venationis jus à Principibus ex justis & urgentibus causis temporis successu jure ademptum est subditis. Nam * Reipublicæ Gubernatio à Deo ita concredita & commissa est Principibus aliisque summis Magistratibus, ut gubernent eam cum præcipiendo, tum prohibendo, prout salus Reipublicæ & necessitas hoc exigit. Unde * cum viderunt Principes, magno cum Reipublicæ detrimento conjunctum esse, imò cum interitu & everfione ejusdem, venationis otio si promiscuè indulgerent subditi, venationis jus eis interdixerunt. Nam * feras si sectarentur subditi, pacem publicam exinde turbari eveniret: cum sine armorum subsidio venari vix quis possit. Subditi * etiam ab officiis suis avocarentur: mercatores à mercatura, mechanici ab artibus mechanicis, & rustici ab agricultura, magno certè cum Reipublicæ dispendio. Tandem * & hoc consequeretur, ut ferarum genus periret. Itaque * laudabilem & Reipublicæ maximè salutarem constitutionem fecit Fridericus Imperator, *in tit. d. pac. ten. & ej. violat § si quis rusticus §. versic. nemo veria & c. libr. 2. feud.* ut nemo aut laqueos, aut alia quælibet instrumenta ad capiendas venationes tendat, nisi ad urfos, apros, vel lupos capiendos.

Quamvis * etiam non jure venationem subditis ademissent Principes, tamen præscriptione immemoriali, multorum annorum

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14. curriculum roboratâ defendere se possent: immemorialis * enim
 15. præscriptio justum initium non exigit. Quin * cū pro immemo-
 16. riali præscriptione justus titulus & bona fides præsumantur; & hîc
 17. præsumendū erit: Principes venationis jus ex conventionē cū sub-
 18. ditis inita sibi vindicare: præsertim * verò quòd subditi huic prohi-
 19. bitioni cū magno suo & Reipublicæ bono hætenus adquieverint.
 Quam * prohibitionē vel potiùs conventionē usus & cōsuetudo per
 aliquod secula comprobavit & confirmavit: ita ut, licet aliàs de ju-
 re communi feudali de * Regalibus non sit venatio; D. Bocer. d.
regal. cap. 1. n. 30. & mult. seqq. Ego in *Exercit. Academ. jur. public. 3.*
q. 9. tamen * hodie de consuetudine universali regalibus adnu-
 meretur, ut testantur eximii Germaniæ JCC. Hartman. Pistor. *con-*
sil. 14. n. 23. Andr. Knich. d. *Saxon. non provocand. jure cap. 5. n. 197.*
p. m. 224. Petr. Heig. d. *q. 15. n. 45. p. 1.* Frideric Pruckman. d. *regal. §.*
venatio c. 1. n. 8. Thom. Mich. d. *jurisd. conclus. 51. lit. A. in exeg.* De
 20. * qua consuetudine eò minùs dubitandum: quòd in investituris,
 quibus Regalia conceduntur, inter Regalia etiam venationis men-
 tio fieri soleat, cum illa clausula usitata: mit Wälden / Wildbanen
 vnd Jagten. Thom. Mich. d. l. Sixtin. d. c. 18. n. 47. Quam * ta-
 21. men consuetudinem de venatione majori non minori, vom hohen
 Jagen vnd hohem Wildpret intelligit Besoldus in *thesaur. pract. verb.*
 22. Jagen. Porro * ita quidem Regale factum est venationis jus: ut,
 quamvis secundum Friderici Imperatoris Constitutionem suprâ re-
 latam urfos, apros, lupos aliaque nociva animalia venari liceat sub-
 ditis; tamen & hæc venari in Germania de observantia hodie iis in-
 terdum sit. Sixtin. d. c. 18. n. 77. & seq.
23. Monendum * hîc quoque est: à venationis jure diversum
 esse jus foresti, ex jurisdictione forestali descendens, ex qua descen-
 24. dit quoque venatio: nam * forestalis jurisdictio tanquam totum
 sub se comprehendit jus foresti & jus venationis, tanquam partes
 25. suas: das Forstrecht vnd Wildban. Unde * diversa sunt, officia
 eines ForstMeisters vnd JägerMeisters. Paul. Matth. Wehner. in
pract. observat. v. Forstrecht. Thom. Mich. d. *conclus. 51. lit. B.* Knich.
 d. *jur. territ. c. 4. n. 295.*
26. Ei * verò, quòd subditis ademptum est hodie jus venationis,
 ex jure Divino objicitur d. c. 1. Gen. v. 26. 28. & 30. aliaque Sacræ
 Scripturæ loca, in quibus ex lege Dei omnia animalia homini sub-
 jecta

jecta esse dicuntur. Cui * per instantiam responderi potest: quod
sc. eadem lege animalia mansueta quoque homini subiecta sint, quæ
tamen singuli hodie sibi vindicare nequeunt, sublatâ sc. per lapsum
bonorum communione. Idcirco * adducta Scripturæ Sacræ loca
sic accipienda erunt: quod omnes bestię, licet ferocissimæ, homi-
nem metuant & expaveſcant, eumque ceu Dominum suum revere-
antur. Quam * expositionem ex Gen. c. 19. v. 2. hisce verbis: *Et*
terror vester ac tremor sit super cuncta animalia terræ & super omnes vo-
lucres cœli, cum universis, quæ moventur super terram, post D. Lucam
Osiandr. & Brent. comprobatur D. Harppr. ad d. §. 12. n. 62. & seqq.

Objicitur * quoque: quod jus naturale tolli per Principem
non possit; de hoc verò jure jus feras capiendi omnibus competat
hominibus. Respondetur: * ideò naturæ jure venationem omni-
bus hominibus fuisse communem, quod feræ nullius fuerint; quia
* verò hodie, sicut loca publica in dominio sunt principū, & sic non
amplius nullius, ideoque nec de eodem naturæ jure ipsum vena-
tionis jus commune erit. Vel * respondetur: distinguendo
inter jus naturale positivum & negativum: illud non istud tollere
potest Princeps. Ad * negativum verò jus pertinent feræ: quippe
naturæ jure nulli applicatæ sunt. Didac. Covarruv. in. c. peccat. §. 8.
n. 1. Deinde * responderi potest: venationis jus non omnibus sub-
ditis esse ademptum: cum id principes subditis multis in locis per-
miserint: Als da die freye Bürsch ist. Principes * autem circa jus
naturale dispensare posse idq; limitare, quatenus necessitas Reipu-
blicæ hoc postulat; in manifesto est. arg. l. 6. ff. d. justit. & jur. Fran-
cis. Zoanett. ad l. 2. C. d. pact. int. empt. & vendit. & in tract. d. dup.
venat. num. 42. & seqq. Sebast. Medic. in tract. d. jur. venat. q. 5. p. 1.
Andr. Fachin. controuv. jur. libr. 1. c. 1. Sixtin. d. regal. d. c. 18. n. 42.
Heig. d. q. 15. n. 39. p. 1. Natt. consil. 602. n. 2. Petr. Anton. d. Petr.
d. potest. princip. cap. 3. n. 10. & seqq. D. Georg Mohr. d. jur. venand.
p. 1. c. 1. n. 43. & seqq. Ungepaun. Exercit. 5. q. 4. p. m. 215. Quod * si
verò jus venandi haberent subditi vel privilegio, vel præscriptione,
vel alio justo titulo, tùm principes id eis adimere non posse; tradit
Wesenbec. in w. ff. d. adquir. rer. domin. n. 7. p. m. 1020.

Quâ * pœnâ plecti possint venatores isti improbi, in disqui-
sitionem non imeritò venit: cum * nonnulli Aulico-politici Prin-
cipibus suis in tantum blandiri soleant, ut ipsis statim mortis pœnâ

39. persuadere audeant, : quasi * hominem ad Dei imaginem creatum ad mortem condemnare idem esse videatur, quod feram bestiam
40. venari & trucidare. Sanè * Johannes Schneidevvinus *in d. fera* 12. n. 10. statuit: transgressores vel pœnâ pecuniariâ, vel extraordinariâ carceris, aut aliâ simili arbitrariâ, non autē capitis pœnâ, vel amissionem membri alicujus affici posse: ad *
41. quod textum juris Saxonici *libr. 2. c. 61.* adducit, qui ita sonat: da Gott den Menschen schuff / gab Er ihm gewalt vber Fisch vnd Vögel vnd vber alle wilde Thier / darumb haben wir das ein Befundt von Gott / daß niemandt sein Leib noch Gesundheit an disen dingen verwircken möge. Schneidevino *
42. ad stipulatur Wesenbecius *d. l.* ubi ait: injuriæ pœna tanta esse non debet, ut ad mortem extendatur, præsertim cū in principem ut principem & ad violandum ejus personam majestatemq; non delinquatur: nec arbitraria ad mortē debeat extēdi, nisi in delictis morte dignis; nulla verò analogia sit, propter feram capite puniri hominem.
43. Andreas * Fachinæus verò *d. c. 1.* ejus est sententiæ: venantes semel adversus Edictum Principis morte puniri non debere, sicut nec membri mutilatione, vel abscissione, sed pœnâ carceris, vel
44. pecuniariâ, aut aliâ simili pœnâ. Venantibus * contrā Edictum Principis non solum semel, sed etiam iterum & sæpius pœnam graviolem esse imponendam, dicit idem Fachinæus: non tantum pecuniariam aut relegationis, sed etiam corporalem, si ita facti & personarum qualitas exigat, nec requiri transgressorem semel punitum fuisse. Venantes *
45. verò contrā Edictum Principis non solum semel, verum etiam sæpius, ita ut Principem contemnere videantur, & sic incorrigibiles facti sint, pœnâ capitali plecti posse, ait Fachinæus. Licet *
46. enim crimen hoc per se capitale non sit; tamen propter maximum Principis contemptum fiat capitale. Unde locum habeat hoc in casu, quod dicitur: qui *
47. Principi non obedierit, morte moriatur. 1. *Reg. c. 14.* Et * faciat textus *in l. 1. C. d. super exact. libr. 10.* quod capitali periculo cupiditas ejus amovenda & prohibenda sit, qui in iisdem sceleribus perseverat.
49. Quæ *
50. Fachinæi sententia nobis haud spernenda videtur, quam ita practicatā esse novimus, ut * venatores isti primā vice vel carceris pœnâ vel condemnatione ad opus aliquod publicum puniti fuerint; secundā *
51. verò vice capitalem pœnam sustinuerint.

Addat.

Addat. Tiraquell. d. nobilit. c. 37. n. 150. Pruckman. d. l. n. 62. Everh. Spcek. quæst. cent. 1. q. 98.

Controversia VI.

Arbores vi fluminis cum terra in alterius agrum translata, si radices in eum egerint, domini sunt istius agri.

Summaria.

Quæ sententia probatur. n. 1.

Cujus ratio redditur. n. 2.

Obstat l. idem Pomponius §. de arbore 3. ff. d. R. V. n. 3.

Respondetur. n. 4. & 5.

PErplexæ * est controversia hæc, sed decisa in §. quod si 2. l. sed si 26. §. arbor. 2. ff. d. adquir. rer. domin. l. hoc amplius 9. §. Alfenus 2. ff. d. damn. infect. Cujus * decisionis ratio redditur: quod æquitas non patitur, alius esse arborem, quam in cuius terram radices immisit, cuiusque ex agro alitur & sustentatur. d. l. 26. §. 2.

Non * obstat, l. idem Pomponius §. de arbore 3. ff. d. R. V. ubi habetur: de arbore, quæ in alienum agrum translata coaluit & radices immisit, utilem in rem actionem dari: nam si nondum coaluit, meam esse non desinere. Respondetur: * quod in d. l. 5. utilis datur actio non domino priori; sed domino fundi, in quem arbor radices immisit, si ad alium arbor pervenerit. Directa * ei competere non potest: cum summo & mero jure, sine alterius facto, dominium adquisierit. Hug. Donell. libr. 4. comment. c. 24. pr. & c. 34. in fin. Treutler. p. 2. disput. 20. th. 5. lit. D. & ibi Bachov. Hunn, variar. resolut. libr. 2. tract. 1. q. 17.

Controversia VII.

Insula, in flumine publico nata, privatorum fit.

Summaria.

Controversiæ hujus decisio stabilitur. n. 1.

Quomodo insula hæc privatorum fiat. n. 2.

Decisionis hujus ratio datur. n. 3. & 4.

Obiectio ex l. pen. §. ut ff. d. adquir. rer. domin. n. 5.

Donelli & D. Harpprechii responsio, n. 6.

Autor Hotomanni responsionem sequitur. n. 7. & 8.

De

1. DE quo * textus est apertus in §. *insula 22. h. t. l. adeò quidem 7.*
2. §. *insula 3. ff. d. acquir. rer. domin. & l. 1. §. si insula 6. ff. d. flu-*
3. *min. &c.* Et * quidem privatorum fit insula hæc, tam ratione usus
4. quàm proprietatis. Æquum * enim est, ut, quod de prædio suo
5. perdidit dominus, insulâ enatâ recuperet etiam quò ad usum: cum
6. * aliàs inutilis foret proprietas, usu destituta.
7. Cui * obijcitur *l. pen. §. ult. ff. d. acquir. rer. domin.* ubi ait
8. Labeo JC. si id quod in publico innatum aut ædificatum est, pu-
9. blicum est, insulam quoque, quæ in flumine publico nata est,
10. publicam esse debere. Hugo Donellus * *libr. 4. comment. c. 29. &*
11. *D. Harpprechtus ad d. §. 22. n. 7. & 8. respondet ex d. l. pen. §. 2. ni-*
12. *mirum d. l. ult. §. ult. de insula mobili sive fluitante, quæ ipsi alveo*
13. *non cohæret sed virgultis aut aliâ quâlibet levi materiâ ita sustine-*
14. *atur in flumine, ut solum ejus non tangat atque ipsa moveatur, ac-*
15. *cipiendum esse.*
16. Verùm * cum §. 1. & *ult. d. l. pen.* indefinitè loquantur, in-
17. definitè quoque accipendi erunt, ut quælibet quidem insula publi-
18. ca quoque sit, non tamen in totum; sed ratione ripæ solum, sive
19. extremitatis: ut naves ad eam appellere, funes arboribus ibi natis
20. religare & onus aliquod in ea reponere cuilibet liberum sit. *arg. §.*
21. *riparum 4. h. t. & d. l. pen. §. 1. ff. d. acquirend. domin.* Adeoque * in-
22. sula secundùm quid solum publica est, aliàs verò privata. Quam con-
23. ciliationem tradit Franciscus Hotomannus. *1. observat. 23.* Eamque
24. amplectuntur Bachovius *p. 2. disput. 20. th. 5. lit. H.* & Ungepaur.
25. *Exercit. 5. q. 7.*

Controversia VIII.

Inundatio dominium non aufert.

Summaria.

Quod probatur. *n. 1. & 2.*

Obstat *l. si ager. 23. ff. quib. mod. usufr. vel us. amitt. n. 4.*

Respondetur. *n. 4. & 5.*

1. Uæ * sententia vera est, sive momentanea fuerit inundatio,
2. sive diuturna: modò * fundi speciem non mutet. §. *alia sa-*
3. *nè 24. h. t. l. adeò quidem 7. §. alia sanè 6. l. ergò 30. §. alluvio 3. ff. d. ad-*
4. *quir. rer. domin. l. cum usufructum 24. ff. quib. mod. usufr. vel us. amitt.*

Cui

Cui * valdè obſtare videtur *l. ſi ager. 23. ff. d. r.* ubi dicitur, quòd, ſi ager, cujus uſusfructus noſter ſit, flumine vel mari inundatus fuerit, amittatur. Verùm * reſpondendum eſt: *JC. in d. l. 23.* reſpectu uſus amiſſi intelligendum eſſe, in quo dominii & proprietatis emolumentum conſiſtit. Atque * adeò durante inundatione effectus ratione proprietatis fundi amiſſa videtur, quæ tamen re-
verà amiſſa non fuit.

Controverſia IX.

Bona fidei poſſeſſor actione de tigno juncto duplum præſtare tenetur.

Summaria.

Quid appellatione tigni veniat. n. 1.

Sententia *L. 12. Tabularum. n. 2. & 3.*

L. 12. Tabular. de tigno vineis quoque juncto agit. n. 4.

Controverſiæ hujus decifio firmatur. n. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. & 15.

Diſtinctio inter tignum furtivum & non furtivum rejicitur, n. 16. & 17.

Antonii Matthæi diſtinctio. n. 18.

Objeſtio ex *l. qui res 98. §. ult. ff. d. ſolut. n. 19.*

Solutio. n. 20. & 21.

Alia objeſtio. n. 22.

Solutio. n. 23. & 24.

Appellatione * tigni omnis materia ſignificatur, ex qua ædificia fiunt: §. *cùm in ſuo 30. h. t.* ut ſunt trabes, lapides, calx, tegulæ, &c. *l. 1. §. 1. ff. d. tign. junct. l. 62. ff. d. V. S.* Si * quis autem tignū alienum ædibus ſuis junctum eximere nolit & domino reſtituere, domino duplū præſtare cogitur: quod * *d. l. 12. Tabular.* ideò proviſum eſt; ne ædificia reſcindi neceſſè ſit. *d. §. 30. l. negotiandi 2. & ſeq. 3. l. ſi quis 6. C. d. edific. privat.* Quæ * *L. 12. Tabular.* non ſolùm de tigno ædibus juncto; ſed etiam injuncto vineis loquitur. *l. 1. ff. d. tign. injunct.*

Tam * bonæ fidei verò quàm malæ fidei poſſeſſor actione de tigno juncto duplum præſtare tenetur. Nam * generaliter & indiſtinctè loquitur Gajus, *JC. in l. adeò quidem 7. §. cùm in ſuo 10. ff. d. adquir. rer. domin.* & ex eo Juſtinianus Imperator, *in d. §. 30.*

Quò * etiam non parum faciunt *d. §. 30.* verba finalia: quòd diruto ædificio materiæ dominus, ſi duplum jam non fuerit confe-

8. cutus à possessore, rem vindicare possit, & ad exhibendum de ea a-
 9. gere. Atquin utrâque actione tenetur malæ fidei possessor; licet
 dominus duplum consecutus fuerit. Ergò * de bonæ fidei quoq;
 possessore *d. §. 30.* conceptus erit.

10. Porro * *in l. in rem 23. §. pen. ff. d. R. V.* respondet Paulus J.C.
 tignum alienum ædibus suis jungentem neque rei vindicatione ne-
 que ad exhibendum actione teneri; sed in duplum adversus eum
 11. * consequens est: & hanc *l. 23. de bonæ fidei possessore loqui: ma-*
 12. *lè ** enim aliâs actio ad exhibendum, item rei vindicatio & actio
 de tigno juncto *in d. l. 23.* invicem opponerentur.

13. Liquidò * etiam sententiam nostram probat *l. Gemma 6. ff. ad*
exhibend. ubi dicitur: tignum alienis ædibus junctum neque vindi-
 14. cari neque ad exhibendum de eo agi posse; sed actionem de tigno
 15. juncto ad duplum dari. Atquin * malæ fidei possessor præter hanc
 & rei vindicatione & ad exhibendum actione tenetur. Ergò * *d. l. 6.*
 de bonæ fidei possessore loquitur.

16. Neque * distingui hîc debet inter tignum furtivum & non
 17. furtivum: cum * textus allegati minimè ita distinguant.. Hoc
 18. * tamen inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem interesse putat
 Antonius Matthæus *ad d. §. 30. pag. m. 86.* quòd, si contrà bonæ fi-
 dei possessorem agatur, duplo insit simplum; sin verò contrà ma-
 læ fidei possessorem, duplum totum sit pœna.

19. Non * obstat sententiæ nostræ *l. qui res 98. §. ult. ff. d. solut.*
 20. ubi, pro tigno pretium solvendum esse, traditur. Nam * pre-
 tium, quantum illud sit, ex aliis juris textibus determinandum
 21. est; hoc * verò duplione æstimari, ex supracitatis legibus con-
 stat.

22. Nec * quidquam etiam urget illa ratio: *L. 12. Tabul. de tigno*
 23. *furtivo* conceptam esse. Namque * ad id respexit *L. 12. Tabular.*
 24. quod ut plurimum esse solet; tignum * autem alienum, tanquam
 res mobilis, ferè semper furtivum est. D. Harppr. *ad d.*

§. 20. n. 13. & seqq. Bachov. p. 2. disput. 20. th.

6. lit. A. pag. 222. Hunn. variar.

resolut. libr. 2. tract. 1.

q. 19.

Con-

Controversia X.

*Dominus soli, materiam siue tignum eximens
idque domino restituens, dupli pœnâ libe-
ratur.*

Summaria.

Quæ sententia probatur. n. 1. 2. & 3.

Obstat l. 1. pr. ff. d. tign. junct. n. 4.

Respondetur. n. 5.

Obstat quoque l. cetera 41. §. 1. ff. d. legat. I. n. 6.

Respondetur. n. 7. & 8.

Objicitur ulterius. n. 9.

Respondetur. n. 10. & 11.

Ita sanè statuendum videtur. Expresse * enim in d. l. adeò qui-
dem 7. §. cum in suo 10. ff. d. adquir. rer. domin. sancitum extat: ne
quis tignum alienum ædibus suis junctum eximere cogatur. Item
* in d. §. 30. h. t. dicitur: hoc ideò provisum esse, ne ædificia rescindi
necessè sit. Unde * consequitur: quòd, si dominus soli tignum
eximere malit, idque domino restituere, non solùm facere hoc, sed
etiam dupli pœnâ liberare se possit. arg. l. 1. C. quom. & quand. judic.

Non * obstat l. 1. pr. ff. d. tign. junct. in qua tignum alienis
ædibus junctum eximi prohibetur. Quippe * non de actore, tig-
num eximere volente intelligendum hoc est: qui certè neque vin-
dicando, neque ad exhibendum agendo efficere potest, ut dominus
soli tignum eximere cogatur.

Nequè * obstat etiam l. cetera 41. §. 1. ff. d. legat. I. ubi ea, quæ
ædibus juncta, legari vetantur. A * diversis enim procedit hoc ar-
gumentum: siquidem * tignum legare voluntatis est; tignum ve-
rò alienum ædibus suis junctum eximere necessitatis: facit enim
hoc soli dominus, ut dupli pœnam effugere queat.

Sed * nec obstat illa ratio: quòd hoc, ne quis tignum alie-
nis ædibus junctum eximat, à L. 12. Tabular. ideò introductum sit,
ut Civitatis adspectus non deformetur. Hæc * enim causa fuit
impulsiva, non finalis: sequeretur * aliàs, nec demoliri quem ædes
suas posse, quod tamen falsum est. D. Harppr. ad d. §. 30. n. 19. & seqq.
Bachov. part. 2. disput. 20. th. 6. tit. A. pag. 224. & seq. D. Rümelin.
Exercit. 5. th. 7. lit. C. Forster. disput. 6. th. 21.

Controversia XI.

Male fidei possessor impensas necessarias deducit.

Summaria.

- Divisio impensarum. n. 1.
 Quæ sint necessariae impensæ. n. 2.
 Quæ utiles. n. 3.
 Quæ voluptuariae. n. 4. & 5.
 Impensarum divisio ulterius probatur. n. 6.
 Controversiæ hujus affirmativa sententia probatur. n. 7. & 8.
 Vehementer obstare videtur. l. 1. C. d. infant. exposit. & c. n. 9.
 Quam legem variè conciliare solent Dd. n. 10.
 Accursii conciliandi ratio. n. 11.
 Quæ improbat. n. 12. 13. & 14.
 Alia Accursii conciliandi ratio. n. 15.
 Quam Antonius Faber quoque amplectitur. n. 16.
 Quæ rejicitur. n. 17.
 Glossæ conciliatio. n. 18.
 Ejus refutatio. n. 19.
 Fachinæ conciliatio. n. 20. 21. & 22.
 Quæ speciosa & approbanda videtur. n. 23.
 Non tamen admittitur. n. 24. 25. & 26.
 Francisci Sarmienti conciliatio. n. 27.
 Nec hæc acceptatur. n. 28. & 29.
 Iohannis Garfæ & Covarrubiæ conciliatio. n. 30.
 Reinhardi Bachovii & D. Harpprechti conciliatio. n. 31. & 32.
 Dubium videtur, utra conciliatio ex duabus ultimis amplectenda sit. n. 33.
 Autor Covarrubiæ & Garfæ conciliationem sequitur. n. 34.
 Quæ argumentis ab Autore confirmatur. n. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43.
 44. 45. 46. 47. 48. & 49.
 Obstat quoque S. ex adverso 31. h. r. n. 50.
 Responsio. n. 51.

1. **I**mpensas * dividit Paulus J.C. in l. impensa 79. ff. d. V.S. in neces-
2. sarias, utiles & voluptuarias. Necessarias * esse dicit: quæ si factæ
3. non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. Utiles * secun-
4. dùm Fulcinium J.C. dicit esse: quæ meliorem dotem faciant, dete-
5. riorem esse non sinant. Voluptuarias: * quæ speciem duntaxat or-
6. nant, non etiam fructum augment: ut * sunt viridia & aquæ salien-
- tes, incrustationes, loricationes & picturæ. Quæ * impensarum
- divisio quoque ponitur in l. utiles 39. ff. d. heredit. petit. l. 1. 2. & 3. ff.
- d. impens. in rem dot. fact.

De

De necessariis impensis controvertitur ab Interpretibus, an malæ fidei possessor deducere eas possit: quod * evidenter probat *l. domū s. C. d. R. V.* ubi rescribit Alexander Imperator: malæ fidei possessorum ejus, quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes quorum res est, nullam habere repetitionem: nisi necessarios sumptus fecerint; sin autem utiles, licentiam iis per-
mitti, sine læsione prioris status rei eos auferre. Cujus * decisio-
nis ratio hæc reddi solet: quod naturæ jure æquum sit: neminem cum alterius detrimento & injuria locupletiolem fieri. *l. jure natu-
rae 206. ff. d. R. I. l. nam hoc 14. ff. d. condict. indebit.*

Cui * valdè adversari videtur *l. 1. C. d. infant. exposit. &c.* ubi rescribit Alexander Imperator: quod in restitutione infantis expo-
siti, (si non à fure vindicetur) etiam id quod in alendo eo, vel fortè
ad discendum artificium justè consumptum fuerit, restituendum
sit. Quam * legem cum *d. l. domum s.* diversimodè conciliare so-
lent Interpretes nostri.

Sanè * Accursius duplicem conciliandi rationem adducit.
1. Enim distinguit inter impensas necessarias in nutriendo infante,
& in aliis rebus factas, ut illo casu deduci non possint, hoc verò casu
possint. Quæ * conciliandi ratio non probatur: quod idem sit in
domū facere impensas & in servū ægrotum *l. sed an ultro 10. §. 1. ff. d.
negot. gest.* Ergo * idem quoq; erit in impensis in nutriendo infante
& aliis rebus factis. Nam utroque casu res & infans periissent, nisi
factæ fuissent impensæ. Ubi * igitur eadem est ratio, ibi quoque
eadem debet esse juris dispositio. 2. Distinguit * Accursius, an ci-
trà læsionem detrahi possint impensæ, vel non. Quæ * etiam est
Antonii Fabri conciliatio. *libr. 2. conjectur. c. 1.* Verum * nec hæc
approbanda conciliatio: quippe in *d. l. domum s. C. d. R. V.* ratione
utilium impensarum ita distinguit Imperator.

Glossa * hîc respondet: in casu *d. l. 1. C. d. infant. exposit. &c.*
propter puerum furto ablatum teneri furem, quanti res unquam
plurimi fuerit. *l. in re furtiva 8. ff. d. d. condict. furt.* Sed * nec hæc
procedere potest conciliatio: non solùm enim quæritur hîc de casu
quo res non amplius extat; sed etiam quo extat adhuc. Atquin con-
dictio furtiva tantùm habet locum, quando res non amplius extat.

Fachinæus, * *controvers. juris libr. 1. c. 54.* ita respondet: quod
causa, ob quam in *d. l. 1.* fur impensas in infante nutriendo factas

- non deducit, ex *l. inficiando* 67. §. *infans* 2. ff. d. *furt.* desumi debeat: ex qua colligitur, æstimationem infantis furto ablati & postea adolescentis apud furem facti non quâ infantis sed quâ adolescentis faciendam esse. Quod * idem quoque Paulus J.C. docet in *l. ex argento* 13. ff. d. *condict. furtiv.* nimirum infantis surrepti & adolescentis facti æstimationem ut adolescentis fieri, quamvis curâ & sumptibus furis creverit. Unde * Fachinæus *d.l.* ita infert & colligit: quod sc. non possit aliquis actionem ex ea causa consequi, ob quam ille alteri obligetur; *l. si ve hereditaria* 22. ff. d. *negot. gest.* sed fur, qui sumptus fecit ex quibus infans crevit & adultus factus est, obligatur eam ob causam, quod furtum adolescentis fecisse dicatur, & ad solvendam æstimationem adolescentis teneatur. Quæ * quidem speciosa conciliatio & ad scopum collimare videtur; verum * illud ipsum quæritur hîc: quæ causa sit, quod in infantis furto æstimatio ejus quanti plurimi fuerit, fiat, & tamen impensæ necessariæ non deducantur: quod * in aliis rebus non est, in quibus æstimatio quoq; fieri potest, quanti plurimi res fuerit; & tamen necessariæ impensæ deducuntur. Itaq; * Fachinæus principium petere videtur.
- Franciscus Sarmientus * *select. interpret. libr. 1. cap. 10. n. 5.* adductos & invicem oppositos textus ita conciliat: quod in *d. l. 1.* melioratio infantis non à fure, sed à Natura ipsa facta, nec opus sit alimentis, quæ grandiorē efficiant infan-
 tem, robustiorem vix possint, nisi Natura tanquam artifex accedat. Et * hæc quoque conciliatio acumen quidem sapere; sed tamen rem ipsam attingere non videtur. Nisi * enim fur in nutriendo infante adjuvisset naturam eique alimenta ministrasset, Natura certè infan-
 tem nec grandiorē, nec robustiorem efficere potuisset; sed infans perire necesse habuisset.
- Johannes Garfias * *in tract. d. expens. c. 2. n. 17.* cum Didaco Covarruvia in *c. peccatum* 2. part. §. 6. n. 3. distinguit inter furem & alium malæ fidei possessorem: ut iste quidem necessarias impensas deducat, non autem ille. Reinhardus Bachovius * verò in *not. ad Treutler. part. 2. disput. 20. th. 6. lit. B.* eumque secutus D. Harpprechtus *ad §. ex diverso* 30. h. t. n. 24. adductas leges ita conciliat: quod jus singulare in infantis fure obtineat: qui impensas in infantis educationem factas deducere non possit: * idque ob singulare furti hujus tanquam hominis odium.

Quæ * certè duæ postremæ conciliationes præ omnibus ad
 scopum propiùs collimare & rem omnium optimè expedire viden-
 tur; ita ut dubius quis non immeritò esse possit, utra eligi debeat.
 Nos * quidem antehac in priore Editione Nuclei nostri ultimam
 Bachovii & Harpprechti conciliationem secuti fuimus. Postquam
 autem rem diligentius paulò inquisivimus & ponderavimus; Co-
 varruviæ & Garfiæ conciliationem palmam obtinere comperti fu-
 mus. Quanquam * enim *d. l. 1. C. d. infant. exposit. &c.* de infan-
 tis furto nominatim dicat; tamen notum est: Codicis leges ad facti
 species concipi solere; ideoque * infantis furtum *in d. l. 1.* aliarum
 rerum furta minimè excludet. Constat * ex jure nostro, quantum
 odium sit furti, quot actiones adversus fures sint constitutæ, & quâ
 pœnâ teneantur: certè * iniquum esset & absonum, si fur in re-
 stitutione furti quidquam deduceret, quidquid etiam in rem furto
 ablatam impenderit. Quam * conciliationem firmat: quòd nulla
 lex disponat: furem etiam necessarias impensas de furto deducere
 posse. Quin * conciliationem nostram manifestè probat *l. pugna-*
ret 27. §. si olivam 25. ff. ad L. Aquil. in qua fur impensas in fructuum
 collectione factas deducere non potest: cum donâsse eas censeatur.
 Frustra * autem hîc exciperetur: quòd *in d. §. 25.* impensæ in ipsum
 furtum factæ: cum * potiùs in rem ipsam, furto subtractam, fa-
 ctæ intelligendæ sint. Et * ergò leges malæ fidei possessori necessaria-
 rum impensarum deductionem permittentes propter odium fu-
 rum non sunt extendendæ, sed de iis casibus accipiendæ, de quibus
 nominatim agunt. Nam * leges quidem de casu ad casum exten-
 sionem admittere solent *l. non possunt 12. ff. d. legib.* in favorabilibus,
 non verò in odiosis. Quamvis * etiam prædoni permitti dicatur
 necessariorum impensarum deductio, *in l. si à domino 36. §. fin. ff. d.*
petit. heredit. & * prædo atque malæ fidei possessor invicem oppo-
 nantur; *in l. nec ullam 13. §. si quis sciens 8. ff. eod. tit. l. nemo prædo 26.*
ff. d. R. I. tamen * sciendum est, & malæ fidei possessorem prædo-
 nem dici: *in l. sed etsi lege 25. §. scire 6. l. planè 39. ff. d. petit. heredit.*
 nimirum * propter malam fidem quam habet, & quòd is spoliare
 videatur, qui rem alienam scienter possidet, nec tamen restituit. De
 quo eruditè disserit Garl. *d. l.* qui ibi videri potest. Diversimodè *
 igitur nomen *Prædo* in jure nostro accipitur, tam de fure quàm de
 quocunque alio malæ fidei possessore: magis * tamen propriè de
 malæ

15.

malæ fidei possessore quàm de fure: si * ipsius vocabuli etymon & rem ipsam probè consideraverimus.

Controversia XII.

Mala fidei possessor utiles & voluptuarias impensas quandoq; deducere potest.

Summaria.

Controversia hæc valdè controversa est inter Interpretes nostros. n. 1. & 2.
Tutius est in dubiis & intricatis juris articulis genuinam legum interpretationem à priscis Jcc. traditam sequi. n. 3.
Brevis & perspicuus sensus *l. planè 38. ff. d. hæredit. petit. n. 4. 5. 6. 7. 8. & 9.*
Item *l. utiles 39. ff. d. t. n. 10. 11. & 12.*
Quibus textibus contrariari videtur *l. adeò quidem 7. §. ex adverso 12. ff. d. acquir. rer. domin. & §. ex adverso 30. instit. h. t. n. 13.*
Accursii & Bartoli inter hæreditatis petitionem & rei vindicationem distinguendum conciliatio, quam Autor sequitur. n. 14. 15. 16. & 17.
Quæ differentia ratio sit inter hæreditatis petitionem & rei vindicationem. n. 18. 19. & 20.
Distinctioni inter hæreditatis petitionem & rei vindicationem contraria esse videtur *l. si inferiorem 2. C. d. R. V. n. 21. 22. 23. 24. & 25.*
Responsio. n. 27. 28. & 29.
Diversus casus est malæ fidei possessoris, in alieno solo de novo ædificantis à casu malæ fidei possessoris, ædificium reficientis. n. 30. 31. & 32.
Differentia ratio. n. 33. & 34.
Voluptuarias impensas malæ fidei possessor in rei vindicatione planè non deducere nec abradere potest, secus ac in hæreditatis petitione. n. 35. 36. & 37.

1. **D**ifficilis * & intricatus se offert hîc nodus, an & quatenus utiles & voluptuarias impensas deducere possit malæ fidei possessor. Et * sanè tot sunt de nodi hujus dissolvendi modo Clarissimorum Jcc. sententiæ; ut in trivio quasi constitutos nos profiteamur, quæ nam nodosi argumenti hujus solutio amplectenda sit.
- 2.
3. *Vid. Andr. Fachin. lib. 1. c. 55.* Tutius * certè erit, in dubiis hisce & intricatis juris articulis legum genuinam interpretationem à Prisca Jcc. Schola, quæ pondera rerum non paleas exhibere solet, traditam sequi, quàm hujus vel illius nugas temerè amplexari.
4. Equidem * in *l. planè 38. ff. d. hæredit. petit.* respondet Paulus JC. bonæ fidei quidem possessores utiles quoque impensas impu-

tare

tare; prædonem autem de se queri debere, qui sciens in rem alienam impendit. Vi * cujus textus malæ fidei possessor stricto jure non deducit utiles hæc impensas. Subjicit * tamen idem Paulus ibi: benignius esse, in hujus quoque persona impensarum haberi rationem. Adeoq; ex æqua & benigna juris interpretatione utiles impensas deducit malæ fidei possessor: non enim petitor ex aliena re lucrum facere debet, veluti ibidem dicit JC. In * hoc tamen inter bonæ fidei & malæ fidei possessorem diversitatis est ratio: ut ille quidem omnino deducat impensas, licet res non extet, in quam fecit eas; prædo autem sive malæ fidei possessor non aliter, quam si res extet adhuc & facta sit melior. d. l. 38. Quomodo * enim lucrum facere potest petitor, quando res non extat amplius? cessante igitur ratione legis sive æquitatis, cessat quoque ipsa ejus dispositio.

De * voluptariis impensis paulò aliter respondet Gajus JC. in l. utiles 39. ff. d. hæredit. petit. ubi illarum deductionem non aliter permittit malæ fidei possessori, quam si sine detrimento ipsius rei detrahi vel potius abradi possint. Diversitatis * ratio est inter utiles impensas & voluptuarias: quòd istarum erogatione non ita locupletior fiat malæ fidei possessor, ut sit utilium erogatione. Proinde * utriq; casui non eadem per omnia decisio adaptari poterit.

Verum * hisce Jcc. responsis contrarium responsum dare videtur idem Gajus in l. adeò quidem 7. §. ex adverso 12. ff. d. adquir. rer. domin. & Justinianus Imperator in §. ex adverso 30. h. t. ubi ajunt: quòd si quis in alieno solo suâ materiâ ædificaverit, illius fiat ædificium, cujus & solum est: & si scit alienum solum esse, suâ voluntate amisisse proprietatem materiæ intelligatur, adeò ut neq; diruto ædificio vindicatio ejus materiæ competat.

Quidquid * alii ad conciliationem horum textuum adferant, nos Accursii ad d. §. 30. & Bartoli ad l. 1. in fin. n. 11. ff. d. R. V. conciliationem, quæ ad literam est textuum, & cum juris ratione maximè conveniens, rejectis aliorum fallacibus conjecturis & divinationibus, amplecti non dubitamus. Nimirum * quòd d. l. 38. & l. 39. de hæreditatis petitione sint intelligendæ; d. l. adeò quidem verò & §. ex adverso 30. h. t. de rei vindicatione. Nam * adducta l. 38. & l. 39, sub titulo de hæreditatis petitione sunt positæ: itaq;

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

- maximè verisimile est & probabile, eas de hæreditatis petitione lo-
16. qui. At * verò *d. l. 7. & §. 30.* de rei vindicatione agere, ipsi tex-
tus suggerunt, qui vindicationis expressam mentionem faciunt. Dif-
17. ferentiæ * ratio est: quòd in hæreditatis petitione dominium, cu-
jus difficilis est probatio, probandum non sit; in rei vindicatione
18. verò illud probandum sit. Itaque * ratio ipsa dictat: facilius
in hæreditatis petitione audiri debere malæ fidei possessorem,
quàm in rei vindicatione, in qua dominium probandum est. Ut
19. * proinde errent Interpretes isti, qui negant inter hæreditatis pe-
titionem & rei vindicationem differentiæ rationem esse
20. Cui * distinctioni tamen porrò valdè adversa esse videtur *l. si
inferiorem 2. C. d. R. V.* ubi rescribit Antoninus Imperator: quòd, si
dissolutum fuerit ædificium, in alieno solo positum, ejus materia
ad pristinum dominum redeat, siue bonâ siue malâ fide extructum
sit: si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint. Ex
21. * quo textu colligi posse videtur: regulariter materiam, ædificio
in alieno solo impositam, manere Domini materiæ, nisi donandi
animo hoc factum fuerit, quod probandum esse videtur: quip-
pe * cùm in dubio rem suam nemo jactare præsumatur. Quo-
22. modò * sanè hic textus suprâ adductæ *l. adeò quidem 7. §. ex adver-*
so 12. ff. d. adquir. rer. domin. & §. adeò verò h. t. per expressum con-
23. tradicere videretur. Nam * id quod *in d. §. adeò* de ædificio in
alieno solo extructo dicitur, regulæ; in *d. l. 2.* verò exceptionis loco
proponi videtur.
24. Verùm * hîc respondendum erit: quòd sc. *in d. l. 7. & §.*
30. donandi animus omninò præsumatur: quoniam * malæ fi-
dei possessor sciens in alieno solo ædificavit: sibi enim ædificare
non potuit: cùm sciverit, hoc ei de jure licitum non esse. Ideoq;
25. * textus *d. l. 2.* de casu speciali accipiendus erit, ubi donandi ani-
mus non adfuit. Quod * exinde dijudicari haud difficulter
26. poterit: quòd Imperatorum rescripta plerumque ad facti species
dari soleant.
27. Advertendum * tamen hîc erit: diversum esse casum, quo
quis in alieno solo de novo ædificavit ab eo, quo quis ædificio a-
28. lienò jam extructo materiam suam imposuit: illo * enim casu
etiam dissoluto ædificio dominus materiam vindicare non potest;
29. hoc * verò casu eam, si citrà læsionem rei fieri, hoc potest, de-
trahere

trahere vel abradere potest. *d. l. domum §. C. d. R. V.* Differentiæ *
 rationem facit nimia malæ fidei possessoris temeritas, in alieno solo,
 in quo antè ædificatum non fuit, citra consensum domini scienter
 ædificantis: quæ * ut gravius vindicetur, rationis esse videtur,
 quàm illius mala fides, qui alieno ædificio jam extructo materiam
 suam scienter imponit. *Add. Joh. Garl. in tract. d. expens. c. 5. per tot.*
 & D. Harpprecht. *ad d. §. 30. n. 30. & seqq.*

Cæterum * quod ad voluptuarias impensas attinet: hæc in
 rei vindicatione planè neq; deducere neque abradere posse malæ fi-
 dei possessorem, videtur, secus quàm in hæreditatis petitione à Gaj.
 Jc. responsum est in suprà adducta *l. 39. ff. d. hæredit. petit.* De * hi-
 sce enim impensis in rei vindicatione neq; responsum à Jcc. neque
 rescriptum ab Imperatoribus quidquam deprehendimus; ideoque
 * nec nobis licitum erit, malæ fidei possessori detractionem vel ab-
 rasionem earum attribuere vel adjudicare.

Controversia XIII.

*Bonæ fidei possessor impensas necessarias & uti-
 les non actionis sed exceptionis viâ; malæ
 fidei verò possessor, necessarias imploratio-
 ne officii judicis consequuntur.*

Summaria.

Quò ad bonæ fidei possessorem probatur sententia nostra. *n. 1. 2. 3. 4. & 5.*

Quò ad malæ fidei possessorem. *n. 6 & 7.*

Pro impensis consequendis judicis officium usque ad sententiam, quin in
 ipsa executione implorari potest. *n. 8. & 9.*

Ampliatio. *n. 10. 11. & 12.*

Objectio ex *l. si necessarias 8. pr. ff. d. pignorat. act. l. in rebus 18. §. possunt*
2. ff. commodat. & ex l. fructus 7. §. fin. ff. solut. matrimon. n. 13.
14 & 15.

Solutio. *n. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. & 25.*

Objectio. ex *l. fin. §. 1. circ fin. ff. d. petit. hæredit. n. 26.*

Solutio *n. 27. 28 & 29.*

Objectio. ex *l. si pupilli 6. §. sed etsi 3. ff. d. negot. gest. n. 30.*

Solutio. *n. 31. & 32.*

Objectio. ex *l. domum §. C. d. R. V. n. 33.*

Solutio. *n. 34.*

- Q**uo juris remedio bonæ & malæ fidei possessor impensas necessarias & utiles consequantur, à Dd. quoque disquiri solet. Et * sanè præcisè etiam bonæ fidei possessori amissâ possessione actionem pro impensis consequendis denegat Paulus JC. in l. Paulus 14. ff. d. dol. mal. & met. except. quando dicit ibi: eum qui in alieno solo ædificium extruxerit sumptus factos aliàs consequi non posse, quàm si possideat, scilicet doli mali exceptione oppositâ. Dolo * enim facit, qui cum alterius jactura locupletari cupit. Idem * respondit Julianus JC. in l. si in area 33. in fin. ff. d. condict. indebit. ubi ait: quòd, si in aliena area ædificatum fuerit & possessio tradita, indebiti condictio locum non habeat: & si quis, cum existimaret se hæredem esse, Insulam hæreditariam fulsisset, nullo alio modo quàm per retentionem impensæ servari possint. Idemque * etiam respondit Paulus in l. in hoc judicium 14. §. 1. ff. commun. divid. quòd sc. impendia, quæ dum proprium meum fundum esse existimo, feci, si vindicetur per exceptionem doli retineri possint. Atque * respondit Papinianus JC. in l. sumptus 48. ff. d. R. V. sumptus in prædium alienum factos peti non posse, sed exceptione doli oppositâ per officium judicis æquitatis ratione servari.
- 6.** Quod * verò ad malæ fidei possessorem attinet: is necessarias & utiles impensas non exceptione doli, sed imploratione officii judicis consequitur. l. planè 38. ff. d. petit. heredit. Ratio * est: quòd is, qui ipse est in dolo, exceptionem doli opponere non possit.
- 8.** Quod * quidem officium judicis usque ad sententiam implorari potest, quin in ipsa executione: cum non sit contra sententiam: siquidem * compatible sunt rem quidem restituere & tamen impensas retinere vel deducere.
- 10.** Quod * procedit etsi de impensis actum sit ante sententiam, de iis tamen nihil pronunciatum, quæ nihilominus in executione proponi possunt: modò * non jure actionis videlicet per modum reconventionis, sed exceptionis propositæ fuerint. Joh. Garf. d. expens. c. 7. n. 17. Proinde * si exceptionem opponeret malæ fidei possessor, omissâ officii judicis imploratione, perinde succumberet, ut is, qui ineptam actionem institueret. Sichard. ad d. l. domum §. n. 8. C. d. R. V. Garf. d. l.

Verum * objicitur nobis *l. si necessarias 8. pr. ff. d. pignorat. act.* ubi traditur: quod, si necessarias impensas fecerim in servum, aut in fundum, quem pignoris causâ acceperim, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habiturus sim. Item * objicitur *l. in rebus 18 §. possunt 2. ff. commodat.* ubi ait Gaj. JC. posse justas causas intervenire, ex quibus cum eo, qui commodasset, agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis, quæve post fugam requirendi reducendiq; ejus causâ factæ essent. Et * *l. fructus 7. §. fin. ff. solut. matrimon.* ubi dicit Ulpianus JC. quod, si novam villâ necessariò extruxerit maritus, vel veterem totam sine culpa sua collapsam restituerit, ejus impensæ petitio futura sit: & si pastina instituit maritus, hæ impensæ aut in res necessarias, aut utiles cedant & pariant marito actionem.

Quibus * textibus haud difficulter responderi potest: quod sc. de iis agant impensis, quæ ex causa contractus in rem alienam factæ sunt. Has * bonæ fidei possessor jure actiones petere & consequi potest: non tanquam bonæ fidei possessor, sed vi obligationis. Sicut * enim creditor debitori suo directâ pignoratitiâ actione, §. *fin. instit. quibus mod. re contrah. obligat. l. si rem 9. §. pen. ff. d. pignorat. action. l. si pignore 22. §. si prado eod. tit. commodatarius * commodanti actione commodati, l. in commodato 17. §. si ex facto ff. comm.* & * maritus soluto matrimonio uxori & hæredibus ejus actione de dote restituenda tenetur. *l. 1. 2. & 3. l. si ab hostibus 10. ff. solut. matrimon. l. unic. §. videamus & §. ex hoc C. d. rei uxor. act.* ita * quoque hi vicissim contrariâ actione, nimirum debitor * creditori contrariâ pignoratitiâ, *l. 1. in fin. l. si quis 36. ff. d. pignorat. act. d. l. si necessarias 8. §. si servo 25. eod. tit. commodans * commodario contrariâ commodati d. l. in commodato 17. §. sicut in fin. l. rem mihi 21. pr. d. l. in rebus §. item qui sciens & §. possunt ff. commodat.* & * uxor ejusque hæredes marito vel condictine indebiti, *l. quod dicitur 1. pr. & §. fin. ff. d. impens. in res dot. fact.* vel actione mandati, aut negotiorum gestorum de impensis factis tenentur. *d. l. fructus 7.* Secus * verò est in bonæ fidei possessore, cui dominus ex nullo contractu vel pacto obligatus est. Proinde impensas non jure actionis, sed ope exceptionis æquitatis ratione ita jubente consequi eum consentaneum est.

Et * sic quoque non adversatur *l. fin. §. 1. circ. fin. ff. d. petit. heredit.*

- heredit.* in qua rescribit Justinianus Imperator : quòd, si petitor victus fuerit, à possessore iudicis officio ei satisfieri debeat : vel si hoc fuerit prætermisum, negotiorum gestorù actione, vel ex lege conditione. Nam * & hoc casu possessor vi obligationis expensas consequitur ; itaque jure actionis eas petere potest. Deinde * respondetur : quòd *in d. l. ult.* non detur actio de impensis in rem factis, sed extra rem, ubi possessor petitoris debita solvit. Quò * casu petitoris negotium apertè gessit possessor : aliunde enim liberationem non habet petitor, nisi à possessore : jure igitur huic datur actio. *l. sive pro herede 3. C. d. negot. gest.*
30. Objicitur * etiam *l. si pupilli 6. §. sed etsi 3. ff. d. negot. gest.* ubi ei, qui non mei contemplatione sed sui lucri & sic deprædandi causâ ad negotia mea accedit eaquæ gerit in id, quod locupletior sum factus, actio contrâ me dari dicitur. Respondetur : * malæ fidei possessorem contrariam quidem *in d. l. 6.* habere negotiorum gestorum actionem, non tamen ita, ut eam ultrò movere queat ; sed ubi ipse directâ conventus est. Tumq ; * exceptionis quodammodò & compensationis magis, quàm actionis jure tueri se videtur.
31. Tandem * objicitur *d. l. domum 5. C. d. R. V.* in qua denegatur repetitio, nisi sumptus necessarii facti sint. Verùm * respondetur : quòd minùs propriè loquatur Gordianus ; *in d. l. 5.* impropriè autem is etiam repetere dici potest, qui exceptione doli oppositâ impensas deducit. *Vid. Anton. Fabr. in rational. ad d. l. 6. lit. A. Bachov. p. 1. disput. 14. th. 19. lit. D. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 20. c. 1. lit. K.*
32. 33. 34.

Controversia XIV.

Tabula picturæ cedit.

Summaria.

De controversia hac inter veteres Icc. magna contentio fuit. n. 1.
 Naturali ratione consideratâ pictura tabulæ cedit. n. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.
 Gaii IC. sententia statuentis *in l. quâ ratione 9. §. sed non 2. ff. d. adquir. rer. dom. n.* tabulam picturæ cedere. n. 8. & 9.
 Gajo contradicere videtur Paulus IC. *in l. in rem actio 23. §. sed & id 3. ff. d. R. V. n. 10.*

Variae sunt Interpretum circa conciliationem Gaii cum Paulo sententiae.

n. 11.

Glossa tres conciliandi modos refert. n. 12.

Prima quæ Azonis est improbat. n. 13. § 14.

Secunda Glossæ conciliatio, quæ Iohannis antiqui Glossatoris est. n. 15.

Quæ improbat. n. 16. 17. § 18.

Tertia Glossæ distinguentis conciliatio. n. 19. § 20.

Quam Christophorus Porcus approbat. n. 21. 22. 23. § 24.

Objectio. n. 25.

Solutio. n. 26. § 27.

Tertiam Glossæ & Porci conciliationem Autor sequitur. n. 28. 29. § 30.

Quam & Besoldus approbat. n. 31.

Iulii Paci & assellarum conciliatio refutatur. n. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40.

41. 42. § 43.

Quidquid etiam in pariete pictum fuerit, parieti cedit. n. 44. § 45.

Interpretum, antimoniam inter Gajum & Paulum statuentium, sententia refutatur. n. 46. § 47.

Sicut & illorum sententia, quod Pauli sententia referatur solum, non verò approbetur *in d. l. 23. §. 3. ff. d. R. V.* refutatur. n. 48. 49. 50. 51.

DE * pictura inter veteres Jcc. magna fuit olim controversia :
an ut literæ cedunt chartæ, ita etiam pictura cedat tabulæ. Sa-
nè * naturali ratione consideratâ, tam pictura tabulæ quàm scri-
ptura chartæ cedit : sine * quo enim aliquid esse & consistere non
potest ; illud de naturali ratione illi cedere debet ; sine * tabula
autem vel charta tam pictura quàm scriptura esse & consistere non
possunt, itaque * utrumque tanquam adjunctum subjecto suo
cedet. Dominium * igitur tam picturæ quàm scripturæ ad Do-
minum tabulæ & chartæ pertinebit : ita * tamen, ut Domi-
nus tabulæ vel chartæ pretium scripturæ vel picturæ solvat.

Veruntamen * licet hoc de naturali ratione ita se habeat,
tam in pictura quàm scriptura ; tamen de pictura aliter responsum
est à Gajo Jc. *in l. quâ ratione 9. §. sed non 2. ff. d. adquir. r. r. domin.*
ubi ait : Sed non uti literæ chartæ membranisve cedunt ; itæ so-
lent Picturæ Tabulis cedere ; sed ex diverso placuisse, tabulas pi-
cturæ cedere. Idemque * constituit Justinianus Imperator *in §. si
quis in alieno 35. h. t.* ibi dicens : ridiculum esse, Picturam Apel-
lis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabulæ cedere.

Sed * Gajo & Justiniano valdè contradicere videtur Pau-
lus Jc. *in l. in rem actio 23. §. sed & id 3 ff. d. R. V.* ubi respondet : id
quod in Charta mea scribitur, aut in Tabula pingitur, statim meum
fieri.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

fieri; licet de pictura quidam contrà senserint, propter pretium picturæ. Sed necesse esse ei rei cedere, quod sine illa esse non potest.

11. Quem * sanè nodum tam antiquiores quàm recentiores
12. Interpretes diversimodè solvere solent. Accursius * *ad d. l. 23.*
13. tres refert conciliationes, 1. Azonis: quòd sc. *d. l. 23. per d. l. 9. &*
14. §. 34. *h. t.* corrigatur. Quæ * conciliatio idè non est admittenda:
15. quòd Institutiones neque Digestis neque Codici quidquam dero-
16. gent: veluti hoc *in controuv. 7. Proëm instit.* probavimus. Multò
17. * igitur minùs ipsa Digesta sibi invicem derogabunt: cùm uno eo-
18. demque tempore composita sint & promulgata. 2. Respondet *
19. Accursius post Johannem antiquum Glossatorem: quòd Paulus *in*
20. *d. l. 23.* nihil de pictura respondeat, sed solùm de charta & scri-
21. ptura. Quæ conciliatio ipsi textui è diametro contraria est: quip-
22. pe * nam scripturam & picturam conjungit ibi JC. dum dicit:
23. *Sed & id quod in Charta mea scribitur, aut in Tabula mea pingitur, sta-*
24. *tim meum fieri.* Nihil * itaque obstant *in d. l. 23. §. 3. circ. fin.* il-
25. la verba: *Sed necesse est ei rei, quòd sine illa esse non potest, &c.* cùm
26. * de utroque casu præmisso concepta sint. 3. Distinguit * Ac-
27. cursius (quam distinctionem approbare videtur) an tabula præ-
28. cisiior sit picturâ, fortè de cedro, pictura verò de carbone. Ad *
29. quod Accursius illa verba *in d. l. 23.* perpendit, propter precium &
30. verba Justiniani: *in d. §. 34. ridiculum enim est picturam Apellis vel*
31. *Parrhasii in accessionem vilissimæ Tabulæ cedere.* Eandemque * con-
32. ciliationem comprobat quoque Christophorus Porcus *ad d. §. 34.*
33. *verb. literæ quoq; pag. m. 37.* ubi * duo copulativè requirit ad hoc,
34. ut tabula picturæ cedat: 1. quòd Pictura sit nobilissima: 2. Ta-
35. bula vilissima. Si * verò econtrà tabula nobilissima, pictura
36. verò vilissima, tunc picturam tabulæ cedere dicit: & * si u-
37. trumque tam tabula, quàm pictura sit nobilis, ad prævalentiam
38. utriusque respiciendum esse dicit Porcus: nimirum si pictura præ-
39. valeat, tabulam picturæ; sin verò contrà, picturam tabulæ ce-
40. dere. *arg. l. si non sunt 2. §. perveniamus ff. d. aur. & arg. legat. d. l. in*
41. *rem 23. §. 3. ff. d. R. V.* Neque * obstat §. *si tamen 26. h. t.* ubi pur-
42. pura licet preciosior vestimento cedit. Nam * hoc non solùm
43. obtinet in pictura ratione precii, sed etiam & quidem principaliter
44. ratione artis: siquidem * liberalium artium Professoribus
45. æqui-

æquiparantur pictores in l. archiatros §. C. d. metat. &c. Atq; * hanc conciliationem præ omnibus aliis nobis eligendam & retinendam esse duximus: quoniam * omnium optimè cum verbis & mente legis atq; ratione ipsa convenit. Nam * ita se explicat & declarat Justinianus Imperator in d. §. 34. h. t. quando dicit: *ridiculum esse picturam Apellis vel Parrhasii in accessionem vilissimæ tabula cedere: & Paulus JC. in d. l. 23. ubi ait. propter precium pictura alios contra sensisse.* Eandemque * conciliationem sequitur quoque D. Besoldus in delib. ex lib. 6. Pandect. delib. 2.

Unde * constat: malè Julium Pacium *ἐναντιοφάν.* cent. 3. q. 43. Paulum cum Gajo conciliare: quòd sc. Paulus JC. in d. l. 23. §. 3. primò regulam proponat: nimirum quòd regulariter id, quod sine alia re esse non potest, ei rei cedat: à qua tamen regula excipiat Paulus picturam, propter privilegium pictoribus indultum. Etenim * quomodò pictura exceptio à regula esse potest, cum sub regula specificè contineatur: dum dicit ibi Paulus: *sed & id quod in charta mea scribitur, aut in tabula pingitur, statim meum fieri.* Neque * quidquam movet, quòd dicit Pacius: quasi Paulus mox sententiam suam quantum ad picturam corrigat, quæ etiam Johannis Fabri ad d. §. 34. est sententia. Nam * verba in d. l. 23. §. 3. *licet de pictura quidam contra senserint*, hoc expressè volunt: quòd sc. vera sit Pauli sententia, non obstante eo, quòd quidam contrarium statuerint: tabulam picturæ cedere. Itaque * videre non possamus, quomodò verbum *licet* in d. §. 13. correctionis nota esse possit, ut contortè & perversè textum istum interpretatur Pacius. Nam * & istorum verborum, *sed necesse est ei rei, quòd sine illa esse non potest*, planè contorta & perversa est ejus explicatio, quando dicit: quòd, licet ea sententia vera sit, quòd pictura non cedat tabulæ, tamen id speciale sit & præter juris regulam, proinde generalis regula tene da, quæ in aliis observetur. Namq; * ut supra fuit monitum, dicta verba *sed necesse est &c.* sunt relativa ad illa verba d. §. 3. *sed & id quod in charta mea scribitur aut in tabula pingitur statim meum fit.* Ubi * scripturam & picturam conjungit JC. & de utroque casu idem juris statuit, cui deinde in fin. in verb. *sed necesse est &c.* rationem decisionis subjungit, rejecta in medio textus tanquam in parenthesi, contrariâ sententiâ, quòd quidam de pictura contrarium statuerint. Atque * hæc est perspicua Pauli

28.

29.

30.

31.

32.

33.

34.

35.

36.

37.

38.

39.

40.

sententia, quæ planè nec occultari, nec dissimulari potest : quòd
 41. * scil. pictura regulariter & naturali ratione inspectâ cedat tabu-
 42. læ, à * quo diversus est casus ; quando pretiosa esset pictura, vi-
 43. lis verò tabula, de * quo casu accipiendus est Gajus J.C. in d. l. 9.
 §. 2. ff. d. acquir. rer. domin. & Justinianus Imperator in d. §. 34.
 h. t.

44. Hinc * etiam diversum statuendum erit de pictura, quæ ac-
 45. cessorii locum haberet : veluti * si nobilissima pictura in pariete
 fuerit posita, quæ parieti tanquam accessorium cederet, ut tradit
 Porcus d. l. n. 24.

46. Multò * verò minùs Antonii Matthæi ad d. §. 34. & alio-
 rum adprobanda est sententia : quòd sc. expressa hîc antinomia
 47. reperiatur. Ait * enim Justinianus Imperator in l. 1. §. nulla &
 l. 2. §. contrarium 15. C. d. jur. vet. enucleand. nullam esse in jure
 nostro tantam antinomiam, seu contrarietatem, quæ non verâ
 subtilique ipsius rationis indagine conciliari possit & complacari.
 Vid. controuv. 5. proœm. nucl. nostr.

48. Unde * nec illa admittenda est conciliatio : quòd Pauli
 J.C. sententia referatur solùm ab Imperatore Justiniano, in d. l. 23.
 non autem adprobetur. Tùm * quòd Justinianus omnia fece-
 49. rit sua, in compositione juris voluminum. Tùm * quòd Com-
 50. pilatoribus juris in mandatis dederit Imperator : ut si quid inter
 veteres fuerit dubium & controversum, hoc in tutissimam dedu-
 cerent quietem, nullo titubante relicto. l. 2. §. 10. C. d. r. d. jur. vet.
 51. enucleand. Tùm * denique quòd profiteatur Justinianus, se le-
 ges tam perfectas replere, quàm nocte obscuritatis obductas, no-
 vâ eliminationis luce detegere : ut undique non solùm Institutio-
 num & Digestorum via dilucida & aperta pateat, sed etiam Con-
 stitutionum Codicis nostri plenum jubar omnibus pateat : nullâ
 penitus nec simili, nec diversâ, nec inusitatâ relicta Constitutio-

ne, d. emendat. Codic. Helfric. Ulricus Hunn. d. au-

thoritate & interpret. jur. c. 2. q. 3.

per tot.

* *

Con-

Controversia XV.

*Bonæ fidei possessor fructus industriales lucratur
nisi locupletior fuerit factus.*

Summaria.

Vnde fructus dicantur. n. 1. & 2.

Quotuplices sint fructus. n. 3.

Qui civiles fructus. n. 4. & 5.

Qui naturales. n. 6. & 7.

Qui sint fructus industriales. n. 8.

Bonæ fidei possessor fructus quidem extantes restituere tenetur; non tamen consumptos. n. 9. 10. 11. & 12.

Objectio ex l. in pecudum 28. pr. ff. d. usur. n. 13. & 14.

Solutio. n. 15. & 16.

Objectio. ex l. sequitur 4. §. lana 19. ff. d. usucap. & usurpat. n. 17.

Solutio. n. 18.

Quid obtineat si locupletior fuerit factus bonæ fidei possessor, fructuum industrialium consumptione, valde controversum est. n. 19.

Idem de casu hoc statuendum non est. n. 20. 21. 22. 23. 24. 25. & 26.

Argumentis D. Harpprechti, contrariam defendentis sententiam, respondetur. n. 27. usq. ad num. 77. exclus.

Opinio hæc nostra frequentiori Doctorum calculo approbata est, & ideo secundum eam in judiciis judicandum. n. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. & 86.

FRUCTUS * non à frumine, (eminentiori gutturis parte) ut vult Isidorus libr. 17. Etym. c. 3. & 6. nec à ferendo, sed à fruendo rectius deducitur. Varr. d. ling. latin. libr. 4. Jacob. Curt. conject. tom. 1. c. 21. libr. 1. Sicut * frumentum quasi fruimentum, quod item est à fruendo, dicitur. Christian. Becman. d. latin. ling. verb. frumentum.

Sunt * autem fructus vel civiles, vel naturales, vel industriales. Civiles * sunt: qui non naturaliter ex ipso rei corpore, sed jure & ex obligatione proveniunt: veluti usuræ, pensiones, mercedes, salaria. &c.

Qui * tamen propriè fructus non sunt, sed vim fructuum obtinere dicuntur. l. usura 21. ff. d. V. S. l. usura 34. l. prediorum 36. ff. d. usur. cum simil.

6. Fructus * naturales dicuntur: qui sine præcipuo aut notabili aliquo hominis facto ex corpore rei suâ sponte & naturæ beneficio proveniunt: cujusmodi sunt glandes, baccae arborum, sylvæ cæduæ, poma, pyra, nuces, castanæ, cerasa, &c. quos * nonnulli Interpretum merè naturales vocant.
- 7.
8. Fructus * industriales (qui aliis naturales industriales dicuntur) sunt: qui ex rei quidem corpore, potissimum tamen hominis labore, industriâ, operâ culturâ & curâ proveniunt: ut sunt frumenta, legumina, vinum, oleum, &c. *Vid. Didac. Covarruv. variar. resolut. c. 3. n. 6. & D. Harpprecht. ad §. si quis à non domino 35. h. t. n. 5. & seqq.*
9. De * industrialibus hîc primùm controvertitur: an bonæ fidei possessor, vel hæreditatis petitione, vel rei vindicatione conventus, restituere eos teneatur? Et * quidem quod ad extantes attinet, illos quidem restituere tenetur bonæ fidei possessor; *l. certum est 22 C. d. R. V.* non tamen consumptos: *l. sequitur 4. §. lana 19. ff. d. usuc. & usurpat.* ubi respondet Paulus J.C. lanam ovium furtivarum, siquidem apud furem deversa est, usucapi non posse; si verò apud bonæ fidei emptorem, contrà esse, nec usucapi debere, sed statim emptoris fieri. Et * idem probatur ex *l. sed & loci 4. §. post litem 2. ff. fin. reg.* dum respondet ibi idem Paulus: fructus ante judicium à bonæ fidei possessore perceptos & consumptos lucro ejus cedere, nec condici posse. Sicut * & ex *l. quesitum 40 circ. fin. ff. d. adquir. rer. domin.* ex qua lege colligitur: bonæ fidei possessorem fructus perceptos & consumptos suos facere. Ratio est: quod naturali ratione placuerit, fructus, quos percepit bonæ fidei possessor, ejus esse pro cultura & cura: veluti dicit Justinianus Imperator: *in d. §. 35. h. t.*
- 10.
- 11.
- 12.
13. Verùm * obstat *l. in pecudum 28. pr. ff. d. usuc.* ubi ait Gajus J.C. agros & hædos & vitulos, qui in fructu sunt, statim pleno jure esse bonæ fidei possessoris & fructuarii. Si * igitur fructus hi pleno jure sunt bonæ fidei possessoris, videtur dicendum, eos etiam ante consumptionem ita ad bonæ fidei possessorem pertinere, ut domino restitui non debeant. Respondemus: * fructus tantisper pleno jure esse bonæ fidei possessoris, dum de vero domino non constat: ita etiam, ut eos consumere possit: cum penè loco domini habeatur. Cæteroquin * ubi de vero domino constat jam; fructus, quos
- 14.
- 15.
- 16.

quos percepit bonæ fidei possessor, nec tamen consumpsit, restituere compellitur.

Obstat * etiam *d. l. sequitur 4. §. lanam 19. ff. d. usuc. & usurpat.* in qua dicitur: lanam detonsam statim fieri bonæ fidei possessoris, nec usucapi debere. Verum * respondemus; quod dicatur hoc *in d. §. 19.* oppositivè ad partum. Partus non nisi per usucapionem acquiritur; secus verò est in fructibus, qui solâ perceptione acquiruntur, ad hunc sc. effectum, ut citrà restitutionis periculum consumi possint. *d. l. 4. §. 19. & l. bonæ fidei 48. pr. ff. d. adquir. rer. domin.*

Sed * quid dicendum erit de casu, quo locupletior factus est bonæ fidei possessor, fructuum industrialium consumptione, an & hosce lucrabitur? De * quo sanè acerrimè inter se conflictantur Interpretes nostri. Nos * æquitatem ob oculos hîc habentes statuimus, idem de casu hoc dicendum non esse, sed bonæ fidei possessorem fructus consumptos, quibus factus est locupletior, restituere teneri. Quæ * sententia probatur per *l. sed etsi 25. §. consuluit 11. ff. d. heredit. petit.* ubi respondet Paulus J.C. consuluisse Senatui bonæ fidei possessoribus, ne in totum dâmmo adficiantur, sed in id tantumtaxat teneantur, in quo locupletiores facti sunt. Idem * quoque respondet Paulus *in l. illud quoq. 40. §. 1. eod. tit.* dum dicit: prædonem fructus suos non facere, sed augere hæreditatem, ideoque eorum quoque fructus eum præstiturum. In bonæ fidei autem possessore hoc tantum venire in restitutione quasi augmenta hæreditatis, per quos locupletior factus est. Et * rescribit Antoninus Imperator: *in l. 1. C. d. t. bonæ fidei possessores fructus reddere cogendos non esse, nisi ex his locupletiores extiterint.* Est * enim æquissima æquitatis Regula: quod nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debeat. *l. nam hoc natura 14. ff. d. condict. indebit. l. jure naturæ 226. ff. d. V. S.* Quod * fieret: si bonæ fidei possessor fructus consumptos, quibus factus est locupletior, lucraretur, nec restituere eos teneretur. Et * æquum quoque est: ut pecunia mea quæ ad te pervenit, à te mihi reddatur. *l. si me & Titium 32. ff. d. reb. credit.*

Cui * sententiæ minimè contrarius est, §. *si quis à non domino 35. h. t.* ubi habetur: dominum fundi de fructibus per bonæ fidei possessorem consumptis agere non posse. Nam * respon-

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30. detur, quòd hîc exceprio sit à regula: regulariter quidem de fructib⁹
 31. consumptis non tenetur bonæ fidei possessor; verùm * in casu locu-
 32. pletioris facti bonæ fidei possessoris secus est, veluti antè ex jure fir-
 33. mavimus. Nec * est, ut vocula *poteſt* vis & efficacia in tantum ex-
 34. tendatur à D. Harpprechto, in d. §. 35. n. 67. ut omnem casum ex-
 cludere debeat: quippe * nullibi in jure legimus, hanc vocabu-
 li hujus vim & efficaciam esse, ut nullam planè exceptionem, vel
 limitationem admittat. Et * si vocula *poteſt* tanta vis & effica-
 cia esse debet; nec hæreditatis petitio excipi hîc poterit, quam ta-
 men adversarii & ipse D. Harpprechtus excipiunt: ita ut bonæ fi-
 dei possessor hæreditatis petitione conventus fructus consumptos,
 quibus locupletior factus est, restituere teneatur. Ergò * &
 in rei vindicatione vocula ista *poteſt* exceptionem hanc ad-
 mittet.

35. 2. Adducitur * à D. Harpprechto l. *ſed & loci 4. §. poſt litem*
 36. *2. ff. ſin. reg.* in qua disponitur: bonæ fidei possessorem fructus con-
 37. sumptos lucrari. Is * autem verè lucretur, qui ex fructuum
 38. consumptione locupletior est factus. Respondemus * per instan-
 39. tiam: si verbum *lucrari* ita accipiendum est; sequitur, quòd nec in
 40. hæreditatis petitione bonæ fidei possessor, fructuum consumptio-
 41. ne locupletior factus, fructus restituere teneatur: hæc * enim ver-
 42. bi *lucrari* significatio æquè in hæreditatis petitione obtinere de-
 43. beret, ac in rei vindicatione. Atquin * in hæreditatis petitione
 44. admittitur ab adversariis: bonæ fidei possessorem fructuum con-
 sumptione locupletiolem factum, fructus restituere compelli.
 Deinde * respondere possumus: tum demum fructus industriales
 lucrari bonæ fidei possessorem, ubi eorum consumptione locuple-
 tior factus non est; aliàs verò eos minimè lucratur, sed restituere
 tenetur. Nam * hætenus satis lucri habet bonæ fidei posses-
 sor, quòd licet locupletior factus non sit, pretium fructuum non
 restituat, quod aliàs bona ejus diminueret. Itaq; * lucrum istud
 in hoc consistit: quòd precium fructuum consumptorum non re-
 stituat bonæ fidei possessor, & sic bona ejus restituendo illud non
 diminuantur. Sufficit * namque ab initio & ante consumptio-
 nem lucrum habuisse bonæ fidei possessorem, ut lucrari fructus
 dici possit: licet postea lucrum istud malè consumpserit, vel dila-
 pidaverit. Sed * & diversa esse hîc videntur: lucrum aliquod ha-
 bere

here & locupletionem fieri : lucrum * enim etiam in minimo consistere posset; locupletioverò fieri haud æquè, quod majus aliquod lucrum requirere videtur. Quocirca * videri posset : etsi parvum aliquod lucrum habeat bonæ fidei possessor; non tamen eo ipso locupletioverum fieri. Proinde * fructus consumptos, licet parvum aliquod lucrum exinde habeat, non restituit; sed tum demum, quando magnum aliquod lucrum consecutus & sic reverà locupletior factus est. Nam * aliàs dici solet : quòd minima non curet Prætor; idcirco nec hîc curanda erunt.

3. Adducit * D. Harpprechtus *d. l. sequitur 4. §. lana, cum concord.* ubi generaliter & indistinctè negatur : bonæ fidei possessorem ad fructuum consumptorum restitutionem conveniri posse. Respondemus ut suprâ ita & hîc rursus per instantiam : quòd sc. sic nec in hæreditatis petitione fructus consumptos, quibus locupletior factus, restituere teneatur bonæ fidei possessor; in qua restituendos illos esse, ipsi adversarii statuunt. 2. Respondemus : * generi per speciem derogari : licet igitur generaliter constitutum sit, fructus consumptos lucrari bonæ fidei possessorem; tamen specialiter obtinet in casu locupletioris facti bonæ fidei possessoris, eum fructus, vel pretium eorum restituere teneri. Deinde * non ita generaliter accipiendæ sunt leges in earum explicatione, ut casus speciales, specialem & evidentem rationem habentes, iis necessariò includere & de illis secundum regulam judicium ferre debeamus : siquidem * constat, & minimam circumstantiam jus variare. Quid * ni igitur in præsentî casu : quo specialitatis ratio in ipso jure naturali fundata est : quòd naturæ juræ æquum sit, neminem cum alterius detrimento locupletioverum fieri debere. *d. l. 14. ff. d. condict. indebit. & l. 226. ff. d. V. S.*

4. Argumentatur * D. Harpprechtus : *d. l.* quòd, si bonæ fidei possessor fructus consumptos restituere tenetur eo in casu, quo locupletior esset factus, inde sequeretur : leges, quibus dicitur, eum fructus consumptos lucrari, tunc demum procedere, cum bonæ fidei possessor eos consumpsisset : quod absurdum esset : siquidem * non ita accipiendæ sunt leges, ut eum casum, qui perrarò evenire est solitus, comprehendant. *l. 4. §. & 6. d. II.* Hic verò casus perrarò contingeret : cum nemo suum jactare præsumatur. Respondemus : * imò hunc casum, quo fructus inutiliter consum-

- consumpsit bonæ fidei possessor, haud perrarò, sed sæpè accidere
 57. posse; *d. l. 3. 4. 5. & 6.* * verò de iis loquuntur, quæ fortè uno a-
 58. liquo casu, aut perrarò accidere solent. Deinde * non solum de
 casu loquuntur suprà allegatæ leges, quo fructus inutiliter consum-
 psit bonæ fidei possessor, sed etiam de casibus quibus utiliter, licet
 59. exinde vel nullum, vel exiguum lucrum fecerit: quomodò * sa-
 60. nè generalitas legum verificari nihilominus potest. Quin * de
 casu, quo inutiliter fructus consumpsit bonæ fidei possessor, allega-
 tas leges per expressum interpretatur, *l. sed etsi 25. §. consuluit 11. ff.*
d. heredit. petit. ubi respondet Ulpianus] C. quemcunque sumptum
 ex hæreditate fecerint bonæ fidei possessor, si quid dilapidaverunt,
 perdiderunt, dum re suâ se abuti putant, non præstituros, nec si
 61. donaverint, locupletiores factos eos videri.

- Distinguunt * quidem adversarii inter judicia universalialia &
 particularia: ita ut *d. l. sed etsi 25. §. 11. ff. d. heredit. petit. & l. 1. C.*
eod. tit. de universalibus judiciis, nimirum de familiæ erciscundæ ju-
 dicio & hæreditatis petitione intelligendæ sint, in quibus obtineat,
 ut bonæ fidei possessor de fructibus consumptis, quibus locuple-
 tior est factus, restituendis teneatur, non verò in rei vindicatione,
 62. ex duplici ratione: * 1. quòd fructus augeant hæreditatem:
 2. quòd adductæ leges de hæreditatis petitione nominatim a-
 63. gant. Verum * nos regerimus hic & dicimus: quòd ubi eadem est
 64. ratio, ibi eadem quoque juris dispositio obtinere debeat. Ratio *
 autem, ob quam fructus consumptos, quibus locupletior factus
 est bonæ fidei possessor, restituere teneatur hæc est: quòd jure na-
 turæ æquum sit, neminem cum alterius detrimento locupletio-
 65. rem fieri. Quæ * ratio tam rei vindicationi quàm hæreditatis
 66. petitioni communis est, ideoque in utroque obtinebit. Quin * in
 rei vindicatione magis quàm in hæreditatis petitione obtinere de-
 67. bet: quoniam * sc. in rei vindicatione dominium est probandum;
 68. *l. in rem actio 23. pr. ff. d. R. V. l. fin. C. eod. tit.* non * verò in hære-
 ditatis petitione: in hac enim non dominum, sed hæredem se decla-
 rari & hæreditatem sibi restitui petit actor; *l. licet 10. ff. d. t.* Bartol.
 69. in *l. l. C. quorum bonorum.* licet * defunctus dominus rerum hæredi-
 70. tatarum non fuerit. Si * igitur obtinet hoc in hæreditatis peti-
 tione, ut bonæ fidei possessor fructus consumptos, quibus locuple-
 tior est factus, restituere teneatur; multò potius id in rei vindica-
 tione

tionem obtinere debet. Illa * enim diversitatis ratio inter hæreditatis petitionem & rei vindicationem, quòd fructus augeant hæreditatem & pars ejus esse censeantur *d. l. illud quoq.* 40. §. 1. *circ. fin.* vera ratio non est, quòd fructus consumptos, quibus locupletior factus est bonæ fidei possessor, restituat; sed * potius illa naturalis ratio: quòd sc. naturæ jure æquum sit: neminem cum alterius detrimento locupletiolem fieri, * quæ tam in rei vindicatione, quàm hæreditatis petitione obtinet, * & illi quæ de augmento est hæreditatis ut purè civili tanquam naturalis & civilis simul omninò prævalere debet. Et * quòd dicitur fructus augere hæreditatem, id de extantibus potius quàm consumptis accipiendum videtur: quomodò * enim reverà augere hereditatem poterit id, quod non extat amplius, sed consumptum est; licet sit adhuc in bonis bonæ fidei possessoris.

Atq; * hanc opinionem nostram defendit Bartolus *in l. 35. §. 1. n. 7. ff. d. R. V.* quam * frequentiore Dd. calculo approbatam esse dicit Pistorius, *d. q. 25. n. 16. & 17.* ubi eam *per tot.* operosè & ingeniosè refutatis adversariorum argumentis contrariis confirmat, subjiciens: quòd secundum eam judicandum esse planè non dubitet: licet * enim Arius Pinellus *ad l. 2. C. d. recind. empt. vendit. p. 2. c. 4. n. 47. & 60. & post eum.* Marc. Anton. Peregrin. *d. fidei comm. art. 94. n. 134.* forensem objiciant usum, tamen hoc se non latere dicit, in judiciis sc. in quibus plenius deliberandi spacium non superest, multa *παχυμερῶς* tractari. Et * ut ut consuetudo fori, in quo Pinellus & Peregrinus versati sunt, se habeat, manifestum tamen esse addit, illam ad forum nostrum non pertinere, sed id potius, quod juris rationibus magis congruit & verius est, tenendum esse. Quamvis * etiam contraria opinio verior & communior dicatur ab Hieronym. Gabriel. *consil. 35. n. 30. & seqq. vol. 2.* & à Peregrino *d. l. n. 174.* tamen idem Pistorius *d. l. n. 16.* testatur, illos ab aliis, qui Bartoli opinionem defendunt, tam numero quàm pondere superari, ut vel hinc evidens sit, sententiam hanc frequentiore Interpretum calculo approbatam esse. Hactenus Pistorius *d. l.* Utut * etiam non constaret forsàn, quæ opinio magis sit communis; tamen sciendum est, in conflictu communium opinionum, ubi non constat, quæ opinio magis sit communis & dubium quæ amplectenda, illam esse sequendam, quæ majorem æqui-

84. tatem sapit. *l. in omnibus* 90. ff. d. R. E. ubi Dec. In * re namque dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius. *l. ea qua* 192. §. 1. eod. tit. Decian. resp. 44. n. 17. vol. 3. Quin ex multorum sententia æquior & benignior sequenda est sententia, etsi contraria opinio magis sit communis. Abb. & alii in c. si vir. d. cognat. spirit. Cephal. consil. 166. n. 19. & seq. vol. 2. Decian. consil. 54. n. 35. vol. 1. Hondedæ. consil. 54. n. 85. vol. 2. & consil. 29. n. 95. & consil. 95. n. 66. Quod * verò nostra opinio majorem sapiat æquitatem, nemo negare poterit: cum bonæ fidei possessor certet hîc de lucro captando, dominus verò rei de damno vitando.
85. Eandemq; * Bartoli opinionem amplectitur quoq; Didacus Covarruv. *variar. resolut.* c. 3. n. 6. Joh. Cop. *de fruct.* libr. 2. c. 7. in fin. Jacob. Menoch. *de possess. remed. recuper. poss.* n. 598. Joh. Petr. Surd. consil. 293. n. 13. Henning. Gœd. in consil. d. præscripsit pign. n. 48. Marc. Anton. Natt. consil. 536. n. 16. Ant. Fab. *conject. lib.* 4. cap. 17. Erasmi. Ungep. *Exercit.* 5. q. 12. Marc. Lyclam. libr. 3. membran. *Ecclog.* 2. Teutler. p. 2. disput. 18. th. 5. q. 34. & ibi Hunn. q. 34.

Controversia X V I.

Bonæ fidei possessor naturales etiam fructus suos facit.

Summaria.

- Magis dubia est quæstio de naturalibus fructibus, an restituere eos teneatur bonæ fidei possessor; quam de industrialibus. n. 1. 2. & 3.
- Sicut industriales consumptos non restituit bonæ fidei possessor; ita nec naturales consumptos. n. 4. 5. & 6.
- Difficultas *l. fructus* 45. ff. d. usur. & fruct. quæ contrà esse videtur. n. 7. 8. & 9.
- Quæ lex tam antiquiorum quam recentiorum Interpretum ingenia torfit. n. 10. & 11.
- Antiquiorum Interpretum, ut Azonis, Accursii & Odo.redi, inter fructus naturales & industriales distinguendum, sententia. n. 12.
- Quæ refutatur. n. 13. 14. 15. 16. 17. 18. & 19.
- Iohannis Brechæi & Francisci Duareni inter fructus naturales ipsius bonæ fidei possessoris, & alterius tertii cujusdam operâ adquisitos, distinguendum, opinio. n. 20. & 21.
- Refutatio ejusdem. n. 22. 23. 24. 25. & 26.

D. Henrici Bocerii & Vacon. à Vacun. inter naturales industriales fructus & merè naturales distinguendum, opinio. n. 27. 28. § 29.

Eadem refutatur. n. 30. § 31.

Hug. Donelli, inter fructus pendentes & alios extantes distinguendis, sententia. n. 32.

Refutatio. n. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. § 43.

Petri Lorioti & Guiljelm. Forner. inter emptorem & alium bonæ fidei possessorem distinguendum, sententia. n. 44.

Refutatio. n. 45. 46. § 47.

Iacobi Menoch. Iacob. Cujac. Anton. Govean. & Petri Gilkenii. distinctio: an res evincatur, nec ne. n. 48.

Refutatio. n. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. § 56.

Francisci Horomanni, dissensionem lcc. statuentis, sententia. n. 57.

Refutatio. n. 58. 59. 60. § 61.

Ludovici Charond. & Hartmanni Pistorii statuentium, d. l. fructus 45. ff. d. usur. de casu speciali, donationis sc. inter virum & uxorem factæ loqui sententia. n. 62. 63. 64. 65. 66. 67. § 68.

Refutatio. n. 69. usq. ad num. 82. inclusivè.

Julii Pacii, Ludovici Vitalis & Iacob. Curt. inter possidentem ex causa onerosa & lucrativa distinguendum, conciliatio. n. 83. § 84.

Refutatio. n. 85. usq. ad num. 91. inclus.

Antonii Fabri & Nicolai de Passeribus à Genoa textum d. l. fructus 45. emendantium sententia. n. 92. 93. 94. § 95.

Refutatio. n. 96. usq. ad num. 140. ubi simul verus sensus d. l. fructus 45. aperitur & inter possessorem cum titulo & sine titulo possidentem, distinguitur.

Quæ distinctio ulterius confirmatur. n. 141. usq. ad num. 153.

Et communiter à Dd. approbata est ac in Iudiciis recepta. n. 154. 155. § 156.

DE * Naturalibus fructibus magis dubium est: an restituere eos teneatur bonæ fidei possessor: tum * propter textus juris, qui sibi contrariari videntur, tum * quòd naturalium & industrialium dispar ratio esse videatur: hi enim magis industriâ & curâ hominis; illi verò magis è re ipsa naturâ proveniunt. Quibus tamen non obstantibus omninò statuendum est: quòd * sicut industriales consumptos haud restituit bonæ fidei possessor; ita nec naturales consumptos restituere teneatur. Quod * probat textus apertus: in l. in bonæ fidei 48. pr. ff. d. adquir. ter. domin. ubi respondet Paulus JC. bonæ fidei emptorem non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facere, non tantum eos, qui diligentia & operâ ejus pervenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet loco domini penè esse videatur. Etiam priusquam percipiat, statim ubi à solo separati sunt, bonæ fidei emptoris fieri.

6. Eandem * sententiam optimè quoque probat textus: in *l. qui scit* 25. §. 1. ff. d. *usur.* ubi bonæ fidei possessori in fructibus percipiendis id juris tribuit Julianus JC. quod prædiorum dominis competit.
7. Verùm * magnam difficultatem hîc gignit intricatus ille locus, qui est in *l. fructus* 47. ff. d. *usur.* ubi respondet Pomponius JC. fructus percipiendo uxorem vel virum ex re donata suos facere: illos tamen, quos suis operis adquisivit, veluti serendo. Nam si pomum decerpserit, vel ex sylva cædit, non fieri ejus, sicut nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascitur.
8. In * quo sanè textu manifestè distinguit Pomponius inter industriales fructus & naturales: ita ut non solum vir & uxor, sed etiam quilibet bonæ fidei possessor illos non autè hosce suos faciat: ex * ratione huic distinctioni maximè convenienti, quòd scil. naturales fructus non ex facto bonæ fidei possessoris nascentur.
10. Cujus * sanè nodi difficultas tam antiquiorum Jcc. etiam qui ante Corryphæum nostrum Bartolum vixerunt, quàm recentiorum ingenia ita torfit, ut illi distinctionem inter fructus industriales & naturales invenerint; hi * verò in nodo isto dissolvendo in varias iverint sententias: quorum præcipuas referre hîc & optimam seligere, operæ precium erit.
12. Ut * verò ab antiquioribus initium faciamus: planè Azo in *summ. C. d. R. V.* & discipulus ejus Accursius in *l. ex diverso* ff. d. *R. V.* Odofred. in *d. l. bonæ fidei* & alii distinxerunt inter fructus industriales & naturales, ut antè dictum fuit: putantes: industriales quidem suos facere bonæ fidei possessorem, non verò naturales.
13. Quæ * distinctio *d. l. in bonæ fidei* 48. manifestè contraria est, ubi ait Ulpianus JC. bonæ fidei possessorem suos interim facere fructus, non tantum eos, qui diligentia & operâ ejus pervenerunt, sed omnes.
14. Si * igitur non solum industriales sed omnes suos facit bonæ fidei possessor, quomodo naturales hîc excipi poterunt? qui * enim omnes dicit, nihil excludit: præsertim * verò, quòd manifesta fiat oppositio inter industriales fructus & alios. Qui * nam erunt alii illi fructus? non certè industriales, de quibus locutus erat JC. sed naturales: imprimis * verò, quòd ampliativè hæc ibi à JC. proponantur. Cui * interpretationi maximè suffragatur ratio subjecta: quòd scil. bonæ fidei possessor, quod ad fructus atinet, loco domini habeatur.

Johannes * Brechæus in l. partum 26. ff. d. V. S. & Franciscus Duarenus in t. d. usur. distinguunt inter ipsos fructus industriales ipsius bonæ fidei possessoris & alterius cujusdam operâ adquirentes: ita * ut bonæ fidei possessor hosce non verò illos suos faciat. Quæ quoque * distinctio ut prior d. l. 48. similiter adversa est: nam * ut antè dictum, JC. ait: omnes fructus suos facere bonæ fidei possessorem. Quod * vocabulum omnes hanc distinctionem minimè admittit. Deinde * nullam diversitatis rationem percipere hîc & assequi possumus, quamobrem bonæ fidei possessor fructus propriâ operâ adquirentes suos faciat. Quinimò * contrarium potius dicendum videtur: nimirum bonæ fidei possessorem fructus propriâ operâ adquirentes suos facere, alienâ verò operâ adquirentes suos non facere: scilicet propter industriam & curam quam colendo agro vel fundo adhibuit.

D. Henricus Bocerus * in tract. d. crimin. l. 1. Majest. in append. d. fruct. n. 67. & Vacun. à Vacun. declarat jur. 41. aliter distinguunt, nimirum inter naturales industriales fructus, & merè naturales: quorum * illi aliquantam, hi verò nullam planè curam requirant. Et * sic d. l. fructus 45. de merè naturalibus fructibus; d. l. in bonæ fidei 48. verò de reliquis omnibus, tam naturalibus quàm industrialibus accipiunt & intelligunt. Verùm * & huic distinctioni generalitas d. l. 48. repugnat: dum dicit ibi JC. quòd bonæ fidei possessor omnes fructus suos faciat. Et * deinde omnes indifferenter fructus naturales aliquam industriam & curam desiderare videntur. Itaque nec hæc distinctio admittenda erit.

Hugo Donellus * libr. 4. comment. cap. 25. dictos textus ita conciliat: quòd scil. omnes fructus lucretur bonæ fidei possessor, tam naturales quàm industriales; sed tamen naturales extantes restituere teneatur, non verò industriales. Quæ * opinio per l. certum est 22. C. d. R. V. apertissimè confutatur, ubi rescribitur à Diocletiano & Maximiano Imperatoribus: certum esse, malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re præstare; bonæ fidei verò extantes, post autem litis contestationem universos. In * quo textu de omnibus fructibus tam naturalibus quàm industrialibus loquuntur Imperatores & rescribunt: quòd, * sicut malæ fidei possessor tam naturales quàm industriales restituere tenetur; ita e contra quoque bonæ fidei possessor omnes fructus tam naturales quàm

- industriales suos faciat, & per inevitabilem consequentiam restituere non teneatur, nisi extiterint nec consumpti fuerint. Ecce *
36. quomodo clarior textus esse potest? quam contorta & perversa ejus
37. interpretatio à Donello tradita? Nam * quòd vocabulum *extan-*
38. *tes* de pendentibus intelligit & eò restringit, divinatorium est, & nativæ vocabuli hujus significationi adversum. Et * subvertitur quoque nova hæc Donelli interpretatio per *l. si pignore 22. §. si prado 2. ff. d. pignorat. act.* ubi extantes & consumpti fructus sibi invicem
39. opponuntur: ex * quo colligere possumus: vocabulum *extantes* tam de pendentibus quam separatis à solo exaudiendum esse. Quin
40. * illi fructus qui à solo non sunt separati nec percepti, pendentes dicuntur, in *l. fructus 44. ff. d. R. V.* ubi pars fundi esse videntur.
41. Cùm * igitur aliud sint fructus pendentes, aliud verò extantes, absurdè *d. l. 22.* ad pendentes in specie restringitur. Quòd * ad pendentes fructus attinet, illi aliâ ratione restituuntur, non tam quòd extent adhuc, quam potius, quòd pars fundi esse videantur. *d. l. fructus 44.*
42. Petrus Loricatus * in tract. 4. d. apic. jur d. fruct. & impens. axiomat. 47. & Guilielm. Fornier. ad l. 109. ff. d. V. S. distinguere malant inter emptorem & alium bonæ fidei possessorem, & *d. l. 48.* de bonæ fidei emptore; *d. l. fructus* verò de alio bonæ fidei possessore accipiunt. Cui * distinctioni apertè repugnat: *d. l. 45.* quæ de quocunque bonæ fidei possessore loquitur. Sicut * & ei adversa est: *d. l. certum est 22. C. d. R. V.* quæ de bonæ fidei possessoribus indefinitè dicit, & * *d. §. si quis à non domino* ubi de aliis bonæ fidei possessoribus præter emptorem textus manifestè loquitur.
43. Jacobus Menochius * *recup. poss. remed. 15. n. 580.* Jac. Cujac. ad d. §. 35. Anton. Govean. libr. 2. variar. lect. c. 15. & Petr. Gilkenn. ad d. §. *si quis à non domino* 35. n. 32. & seq. interesse dicunt: an res evincatur nec ne, ut si evincatur, fructus ante evictionem percepti restitui, sin verò non evincatur, restitui non debeant. Verùm * & hæc conciliatio tam rationi juris, quam textibus contraria est.
44. Tùm * quòd quæstio formanda sit de bonæ fidei possessore; postlitis verò contestationem vel emergentem evictionem in mala fide sit possessor: quo * casu restituit fructus extantes, non tanquam bonæ fidei, sed tanquam malæ fidei possessor. Tùm * quòd in *d. l. certum est 22. C. d. R. V.* expressè rescribatur: bonæ fidei possessor
45. rem

rem fructus extantes restituere, post litis contestationem universos. Idcirco * si vi textus hujus extantes restituit bonæ fidei possessor; sequitur quod consumptos minimè restituat. Et * sic bonæ fidei possessor non solum post supervenientem evictionem, vel litis contestationem restituit fructus, quando scil. est in mala fide; sed etiam quando in bona fide, nimirum quando fructus extant adhuc nec consumpti sunt. Malè * igitur voculam *interim* in d. l. 48. ita accipiunt Interpretes isti, ut ea restringenda sit & limitanda ad evictionis casum; sic * enim vocula ista rectius intelligitur: quod scil. fructus interim perceptos ita suos faciat bonæ fidei possessor, ut eos citrà restitutionis periculum consumere possit.

Franciscus Hotomannus * *ad d. §. 35.* ita statuit: quod scil. dissensio hinc inter Jcc. fuerit: sed tamen Justinianus Imperator Pauli sententiam probavit. Quod * minimè probandum est: nam * jus certum & indubium tradere & relinquere nobis voluit Imperator. Unde * etiam dicitur: *in d. l. 48.* bonæ fidei emptorem non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facere, non tantum eos, qui diligentia & opera ejus pervenerunt, sed omnes. In * quo textu verba *non dubiè* pro jure certo & minimè controverso accipienda sunt, quod & subtili Antonio Fabro *conjectur. libr. 4. c. 17.* placuit.

Ludovicus Charondas * *libr. 1. verisim. c. 7. ad d. l. fructus 45.* sic respondet: eam de casu speciali loqui, nimirum de casu donationis, inter virum & uxorem factæ. Eademque * conciliatio Hartmanno Pistorio *libr. 4. 25. n. 18.* haud displicere videtur, ubi speciosè admodum & subtiliter textum *in d. l. fructu 45.* ita explicat: quod * scilicet donatio ita indistinctè non sit invalida, sed quando pauperior reddatur donator; pauperior verò non reddatur, quando donatarius industriales percipiat fructus: quoniam opera & industria ejus proveniant, secus verò sit in naturalibus fructibus, quos natura ipsa producat, indeque donator, si percipiat eos donatarius, pauperior reddatur. Unde * porro dicit Pistorius: diversum esse casum *d. l. fructus 45.* à bonæ fidei possessoris casu: quoniam * donatarius iste industriales percipiendo fructus eos planè restituere non teneatur, etiam si extent adhuc; bonæ fidei verò possessor extantes restituere compellatur. Proinde * exemplum

53.

54.

55.

56.

57.

58.

59.

60.

61.

62.

63.

64.

65.

66.

67.

- emplum à bonæ fidei possessore desumptum in terminis habilibus accipit Pistorius: sc. de extantibus fructibus naturalibus, vel de consumptis, quibus tamen locupletior factus est bonæ fidei possessor:
68. quoniam * scil. & in casu donationis inter virum & uxorem tam de extantibus quàm de consumptis, quibus locupletior factus est donatarius, textus *d. l. fructus 45.* loquatur.
69. Quæ * quidem speciosa & ingeniosa est *d. l. 45.* explicatio.
70. Verùm * ei contrà moveri & quidem negari potest: hanc *d. l. 45.* rationem esse, quòd pauperior non fiat vir & uxor si ex re donata industriales fructus percipiat donatarius, & pauperior fiat si percipiat naturales. Nam * res æquè contrà se habere potest, ut vir & uxor donator, naturales fructus percipiente donatario, pauperior non reddatur, & industriales percipiente donatario pauperior reddatur. Quid * enim si fertilis esset fundus & quotannis magnam fructuum ubertatem proferret, ita ut præter impensarum, industriæ & curæ æstimationem deductam magnum aliquod lucrum ex industrialibus haberet donatarius, annon sic locupletior fieret, donator verò pauperior? Et * quid si non ita fertilis esset fundus, ut præter impensarum curæ & industriæ æstimationem deductam (nam & naturales fructus curam aliquam desiderant) vel nullum vel exiguum lucrū ex naturalibus consequeretur donatarius? An * dici posset: pauperiorem reddi donatorem & locupletiozem donatarium? Non * utique. Proinde * hætenus par ratio esse videtur fructuum naturalium & industrialium, nimirum tam percipiendo fructus naturales donatarius locupletior fieri non potest, nec pauperior donator: quàm percipiendo industriales locupletior donatarius, pauperior verò donator. Unde * etiam in casu locupletioris facti bonæ fidei possessoris, percipientis fructus, leges tam de industrialibus quàm naturalibus loquuntur & sunt intelligendæ: siquidem * tam percipiendo fructus industriales quàm naturales locupletior fieri potest bonæ fidei possessor, & sic quoque donator pauperior vel non pauperior. Quo * sanè principio tanquam antecedenti negato & rejecto, cadit & negatur principium tanquam consequens, quando dicit Pistorius: diversum casum esse bonæ fidei possessoris à casu donationis inter virum & uxorem factæ: in *d. l. fructus 45.* quia * donatarius planè non restituat fructus industriales, etiamsi extent adhuc; bonæ fidei verò possessor

possessor extantes restituat. Nam * hoc dicit quidem Pistorius, sed non probat; proinde pro divinatorio habendum erit. Deinde * etiam si verum hoc esset; tamen exinde non sequeretur: in alio quoque bonæ fidei possessore sine, vel cum invalido titulo id obtinere, & si hoc in eo obtineret; tamen id eâ ratione fieri videretur: quod naturales fructus suos planè non faceret bonæ fidei possessor, & sic in compensationem fructuum naturalium fructus industriales, etiam extantes, restituere non teneretur.

Porro Julius Pacius * *ἐναντιοφάν. cent. 5. c. 45.* Ludovic. Vital. *1. variar. lect. c. 19. n. 6.* & Jacob. Curt. *conject. l. 2. c. 44.* distinguunt inter bonæ fidei possessorem, possidentem ex causa onerosa & lucrativa: illum * lucrari fructus naturales dicunt; *d. l. 48.* hunc vero eos non lucrari, sed restituere compelli. Sed * nec hæc procedere potest conciliatio: quippe * generalitas *d. l. 48. & d. l. 22.* ei adversa est. Neque * obstat *d. l. fructus 45.* quæ de donatione inter virum & uxorem loquitur, qui donationis titulus est lucrativus. Etenim * huic duo reponi possunt: 1. quod non solum de lucrativo titulo loquatur, sed simul etiam de invalido: siquidem * donatio inter virum & uxorem prohibita est de jure. 2. Quod * in *d. l. 45.* subjiciantur illa verba: *sicut nec cujuslibet bonæ fidei possessoris*: quæ * verba tanquam generalia ad illum bonæ fidei possessorem restringi haud poterunt, qui titulo lucrativo possidet.

Antonius Faber * *d. c. 17. libr. 4. conjectur.* eumque secutus Nicolaus de Passeribus à Genoa *conciliat. leg. p. m. 393. n. 56. & seqq. d. l. fructus 45.* corruptionis insimulant eamque resectâ negatione ita legunt: *sicuti cujuslibet bonæ fidei possessoris.* Et * hoc duplici ex ratione: 1. Quia maritus possidens ex re donata ab uxore malæ fidei sit possessor, ideoque * convenientius esse dicunt, si absq; negatione verba ista legantur: ut sensus sit; *d. l. 45.* maritum fructus alios suos non facere, nisi quos suis operis adquisivit, sicut hi à contrario bonæ fidei fiant possessoris. 2. Ratio * hujus emendationis adfertur à Fabro & Nicolao de Passeribus: quod hæc elegans sit lectio, quâ attentâ, Paulus cum Pomponio Jc. optimè in concordiam reduci possit. Verum * ad primum quod attinet: maritum rem donatam ab uxore possidentem malæ fidei esse possessorem, falsum esse putamus: cum * hoc nullibi proditum sit in jure nostro; absque lege autem tale quid statuere non licet.

98. 99. erubescimus * enim sine lege loqui. *Novell. 18.* Et * deinde maritus possidet rem donatam non contrā voluntatem uxoris, sed
100. cum voluntate ejus: ut * ideò tam Faber quàm dictus Nicolaus fateri cogantur, meliorem esse conditionem mariti, rem donatam à conjuge possidentis, quàm alius malæ fidei possessoris. Quamvis *
101. autem improbatus sit aliàs titulus donationis inter virum & uxorem; tamen * sciendum est, diversa esse titulum habere invalidum ad dominii translationem & malam fidem habere: titulus *
102. enim invalidus cum bona fide consistere potest. Quin * etiam absque ullo alio titulo bona fides potest consistere: ut quando pro suo quis possidet, qui usucapere potest. *t. t. ff. pro suo.* Proinde *
105. titulus & bona vel mala fides confundenda non erunt: siquidem * potest quis titulum habere non tamen bonam fidem,
106. ut * quando quis rem alienam scienter emit; & * rursus potest quis bonam fidem habere, nec tamen titulum. Sed * & hoc advertendum hîc erit: donationem inter virum & uxorem lege naturali minimè esse prohibitam, sed solâ civili lege, & primitus quidem moribus tantum sive consuetudine, postea verò ob nimias conjugum donationes, quibus melior pauperior reddebatur, deterior verò locupletior; lege etiam prohiberi eas cœpisse: non * quidem absolutè & simpliciter; sed si pauperior inde reddatur conjux, *l. si fructus 8. C. d. donat. int. vir. & uxor. c. nuper x. eod. tit. donatarius* *
110. verò locupletior. *l. quòd autem 7. §. si maritus ff. d. t. l. de iis 17. C. eod.* Quâ * ratione etiam tacitè confirmatur donatio, inter conjuges facta: si * scil. eâ nondum revocatâ decesserit donator. *l. cum hic status 32 ff. d. t.* Quin * tradunt Dd. non modo morte; sed inter vivos etiam jurejurando quamlibet donationem inter conjuges confirmari. Quî * igitur in mala fide esse potest maritus, rem ex donatione uxoris possidens? Neque * facit pro Fabro & Nicolao de Passer. quòd pro possessore possideat maritus & ideò pro malæ fidei possessore habendus sit. Etenim * respondetur: pro possessore possidere regulariter esse bonâ fide possidere; namque * titulus pro possessore titulo pro hærede similis ideoque ad usucapiendum sufficiens & validus esse dicitur. *t. t. ff. & C. pro hered. & possess.* Quamvis * etiam prædo pro possessore possidere dicatur; in *l. 10. 11. 12. & 13. ff. d. petit. heredit.* tamen exinde non sequitur universaliter verum hoc esse & alios quoque pro possessore

fore possidentes & bonam fidem habentes prædones esse : cum * 120.
 minimè reciproca, vel convertibilia sint hæc duo : pro possessore
 possidere & prædonem esse. Neque * etiam quidquam patro- 121.
 cinatur Fabro, quòd dicit juris errorem non excusare à mala fide:
 licet * enim aliàs non excuset error juris quò ad dominium con- 122.
 sequendum ; tamen à mala fide excusat : sicut expressè decisum
 est : in l. sed & si 25. §. scire 6. ff. d. petit. heredit. ubi respondit Ulpia-
 nus J.C. se non putate hunc esse prædonem qui dolo caret, quamvis
 in jure erret. Et * ergò dicendum erit : maritum quidem bonæ 123.
 fidei possessorem esse ; in d. l. fructus 45. non tamen validum titulum
 habere : nimirum eo casu, quo locupletior fit donatarius, paupe-
 rior verò donator. Quæ * cum ita sint, exinde manifestè con- 124.
 stare putamus : subtilem Fabrum hîc omninò lapsum esse, quid-
 quid etiam nimia ingenii subtilitas ei suggererit. Non * facit 125.
 etiam pro eo : l. si uxor 19. ff. d. donat. int. vir. & uxor. ubi bonæ fi-
 dei possessores & vir tanquam sciens alienum se possidere invicem
 opponuntur, quasi hic malæ fidei sit possessor. Respondemus * 126.
 namque : hanc oppositionem ratione tituli solùm non verò ra-
 tione bonæ vel malæ fidei intelligendam esse : adeoq; * bonæ fi- 127.
 dei possessores intelliguntur ibi qui titulum validum simul ha-
 bent. Licet enim sciat maritus de lege merè positivâ Civili non
 naturali alienum se possidere ; tamen de voluntate uxoris id possi-
 det. Neq; * pugnat pro Fabro : d. §. si quis à non domino 35. h. r. 128.
 Etsi * enim justæ causæ fiat ibi mentio, quæ justus titulus est ; non 129.
 tamen sequitur : si non adsit justa causa, sive justus titulus ; bo-
 næ fidei possessorem fructus industriales, de quibus agitur ibidem,
 non lucrari. Nam * maritus secundùm sæpius allegatam legem 130.
fructus 45. lucratur fructus industriales, qui tamen invalidum ha-
 bet titulum. Ergò * tituli justitia hîc nihil facit, sed bona vel 131.
 mala fides. Cum igitur * maritus lucretur fructus industriales ; 132.
 Ergò non est malæ sed bonæ fidei possessor : siquidem * malæ fi- 133.
 dei possessor omnes fructus, tam naturales quàm industriales, tam
 extantes quàm consumptos, tam perceptos quàm percipiendos, re-
 stituere tenetur. d. l. certum est. 22. C. d. R. V.

Ad * alterum quod attinet, quando dicit Faber : longè elegan- 143.
 tiorẽ esse Pomponii sententiam, si eum ita scripsisse dicemus :
sicut cujuslibet bonæ fidei possessoris ad diluendam scilicet objectio-

- nem, quæ de bonæ fidei possessore fieri poterat, respondemus & remoto illo obstaculo, quod de marito tanquam malæ fidei possessore objicit dictus Faber, & stabilito eo ac tanquam firmo præsupposito, bonæ fidei possessorem esse maritum; in *d. l. fructus 45.* minimè elegantem affirmativam istorum verborum, sive sententiam Pomponii *sicut cujuslibet bonæ fidei possessoris*, sed inconcinnam lectionem & sententiam esse. Ideoque * potius recepta negativa lectio, ut convenientior menti *d. l. fructus 45.* retinenda erit, ut sensus sit: quòd, sicut maritus istos solum fructus suos facit, quos suis operis adquisivit, veluti serendo, & contrà si pomum decerpserit, vel ex sylva cædit non fit ejus; ita nec cujuslibet bonæ fidei possessoris, scil. * qui vel titulum planè non habet, vel habet quidem sed tamen invalidum. Nam * vel à marito ad bonæ fidei possessores, titulum vel nullum vel invalidum habentes, vel ab hisce ad maritum argumentari voluit JC. utroque * enim modo procedere potest argumentatio: si enim à bonæ fidei possessoribus argumentum ducatur *d. l. fructus 45.* sensus erit: quòd, * sicut bonæ fidei possessores, titulum vel nullum, vel invalidum habentes, istos solum fructus suos faciunt, quos ex operis suis adquisiverint; ita etiam maritus, qui rei donatæ ab uxore titulum invalidum habet. Si * verò econtrà argumentum formetur à marito ad bonæ fidei possessores, sensus erit: *d. l. 45.* quòd, quemadmodum maritus titulum invalidum habens lucratur tantum fructus industriales, non naturales; ita etiam quilibet bonæ fidei possessor, qui vel nullum, vel invalidum habet titulum. Ut * adeò termini habiles sint præsupponendi in aliis bonæ fidei possessoribus, illi scilicet ubi titulum vel nullum, vel invalidum habent. Quæ * sanè textus hujus in *d. l. 45.* explicatio & verior est & elegantior videtur illà Fabrianâ: sic * enim ex marito malæ fidei possessor contrà receptam Dd. sententiam & juris rationem faciendus non est, & textui sua constat autoritas illæsq; manet. Namque * sic Faber non nodos solvit, sed gladio secat. Et * si isto modo in solvendis legum nodis procedere licet; certè non adeò magna solvendarum pugnantium legum difficultas erit: si * enim nodus aliquis offerat se; Alexandri gladius, quo in nodo Gordio dissolvendo usus, semper adhiberi poterit: quod * contrà mentem est & auctoritatem Justiniani Imperatoris, &
- Juris.

Jurisprudentiæ nostræ, tot vigiliis compositæ & nobis exhibitæ.

148.

Ex * hætenus deductis & aliorum traditis commentis refutatis & rejectis elucescere putamus: verissimam esse illorum Doctorum & Interpretum sententiam: qui inter illum bonæ fidei possessorem distinguunt, qui rem vel sine, vel cum invalido titulo, & inter illum qui titulo valido possidet. Nam * *d. l. fructus 45.* loquitur expressè de bonæ fidei possessore, qui titulo invalido possidet, nimirum de marito, possidente rem ex donatione, ab uxore facta, quæ donatio prohibita est de jure; Ergò * invalidum habet titulum donatarius iste. Etiam si * verò subjiciantur verba tanquam generalia in *d. l. 45. sicut nec cujuslibet bonæ fidei possessoris;* tamen ea de illis bonæ fidei possessoribus, qui titulum vel planè nullum, vel invalidum habent, intelligenda sunt, sicut antè deductum fuit: quomodò * sanè generalia ista verba pluribus in casibus verificari nihilominus possunt, & quidem faciliùs quàm aliorum suprà relatis conciliationibus admissis. Neque * enim verba Jcc. cavillanda erunt: siquidem * responsa Jcc. ex aliis locis & quidem plenis eorum scriptis desumpta sunt, nec integra semper corpori juris inserta; ideoq; * tam verba quàm mens eorum & ratio ipsa exactiùs examinanda erunt.

149.

150.

151.

152.

153.

154.

155.

156.

Et * hanc conciliationem nostram Dd. communiter amplexi sunt. Post *Iacob. d. Ravenn. Bartol. in l. ex diverso 35. ff. d. R. V. Angèl. & Aretin. in d. l. fructus 45. ff. d. usur. Abb. Panormitan. in c. gravis n. 4. d. restit. spoliat. Joh. de Imola in l. Nesennius §. fundum col. 2. ibidemq; Jason. n. 4. Fulgos. in d. l. fructus Porc. ad d. §. 35. Francisc. Viv. contrav. 70. Fulvi. Pacian. consil. 59. n. 5. Didac. Covarruv. variar. resolut. libr. 1. c. 3. Joh. Garf. d. expens. & meliorat. c. 19. n. 36. Wessenbec. ad d. §. 35. & Petr. Heig. ibidem n. 15. Marc. Anton. Peregrin. d. fid. art. 49. n. 122. Hartman. Pistor. libr. 4. quest. 26. n. 5. ubi post Matth. de Afflict. subdit: in * judiciis, ubi sapiùs hac de re tractatum sit, nunquam de Bartoli opinione dubitatum fuisse. Et * n. 6. idem subjicit Pistorius: in ista opinionum discrepantia dubium non esse, quin hæc Bartoli sententia in judiciis palmam meritò obtinere debeat. D. Harppr. ad d. §. 35. n. 45. & seqq. Johann.*

157.

158.

Bellon. in antin. jur. civil. 4. & Theodor. Streitmann. in suis antin. leg. civil.

antin. 4.

Controversia XVII.

Thesaurus in loco religioso inventus, in totum inventori acquiritur.

Summaria.

Vnde dicatur thesaurus. n. 1.

Definitio thesauri. n. 2. & 3.

Ad quem pertineat thesaurus in loco proprio vel alieno inventus. n. 4. & 5.

Thesaurus à mercenario inventus ei pro dimidia parte acquiritur, nisi ad effodiendum thesaurum conductus fuerit. n. 6. & 7.

Bona fidei possessor thesaurum inveniens eum cum domino dividere debet. n. 8. 9. & 10.

Thesaurus in re dotali inventus inter maritum & uxorem dividendus quoque est. n. 11. & 12.

Thesaurus ab usufructuario inventus inter eum etiam & proprietarium dividi debet. n. 13. 14. & 15.

Creditor in re hypothecata thesaurum inveniens eum jure pignoris retinere non potest, sed eum debitore dividere debet. n. 16. 17. & 18.

Thesaurus in re emptā inventus totus ad emptorem pertinet, ita ut remedio *l. 2. C. d. resc. emp. vendit.* locus non sit, etiam ante traditionem factam. n. 19. & 20.

Thesaurus in re feudali & emphyteuticaria repertus totus ad vasallum & emphyteutam pertinet. n. 21. 22. & 23.

Ut thesaurus pro dimidia parte inventoris fiat, necessum est, ut casu fortuito, non datā operā inventus fuerit. n. 24.

Si arte Magicā inventus, totus fisco acquiritur. n. 25.

Thesaurus in loco religioso inventus in totum inventori acquiritur. n. 26.

Callistrati I.C. contrarium responsum in *l. 3. §. 10. ff. d. jur. fisc.* n. 27.

Francisci Duaren. & Nicolai de Passer. à Genoa conciliatio. n. 28.

Ejus rejectio. n. 29.

Regneri Sixtini conciliatio. n. 30. 31. 32. & 33.

Ejusdem refutatio. n. 34. 35. 36. 37. 38. 39. & 40.

Accursii conciliandi ratio. n. 41. & 42.

Eius impugnatio. n. 43. & 44.

Alia Accursii conciliandi ratio. n. 45.

Ejus refutatio. n. 46. & 47.

Francisci Zoannetti conciliatio. n. 48.

Guilielmi Fornerii conciliatio. n. 49.

Refutatio illarum. n. 50.

Petri Barbosa conciliatio. n. 51.

Ejus rejectio. n. 52.

Autoris inter loca religiosa privata & loca religiosa publica sive fiscalia distinguendis conciliatio. n. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. & 60.

Quam alii Clarissimi Icc. amplectuntur. n. 61.

Thesau.

Thesaurus * Græcè *θησαυρός*, exinde dicitur quasi *αὐτὸν πρὸς τὸ εἰς αὐτὸν πρὸς τὸ εἰς*, in crastinum aut futurum ponere. Caj. Jul. Scal. d. subtilit. exercit. 78. Unde * definitur thesaurus vetus quædam pecunia depositio, cujus memoria non extat, ut dominum jam non habeat. l. nunquam 31. §. 1. ff. d. acquir. rer. domin. Quæ * definitio non solum de pecunia numerata, sed etiam alia quavis reintelligenda est, juxta l. pecunia verbum 178. & l. pecunia nomine 222. ff. d. V. S.

Quod * ad inventionem thesauri attinet, is in fundo proprio inventus in totum inventori, vel domino acquiritur. §. thesaurus 39. h. t. & l. unic. C. d. thesaur. libr. 10. In * fundo vero alieno inventus pro dimidia tantum parte inventoris est, & pro altera dimidia parte domini fundi. d. §. 39. & l. unic. Quod * procedit quoque in mercenario, cui dimidia pars thesauri, tanquam inventori acquiritur, nisi * ad effodiendum thesaurum specialiter conductus fuerit. Gloss. ad d. §. 39. ib. Aret. n. 3. Joh. Fab. n. 4. Schneidevvin. Sixtin. d. Regal. libr. 2. c. 26. n. 23.

Bonæ * fidei quoque possessor thesaurum inveniens eum dividere cum domino debet: quippe * cum dominus fundi non sit. Quamvis * enim pro domino habeatur; l. quis scit. 25. §. 1. vers. porro ff. d. usur. tamen respectu perceptionis fructuum hoc intelligendum est; thesaurus vero in fructu non est, secundum l. fructus 7. §. si fundum in fin. ff. solut. matrim. D. Harpprecht. ad d. §. 39. n. 19. & 20. Thesaurus * in re dotali inventus pro dimidia quoque parte inventoris mariti est, pro altera dimidia parte uxoris: licet * enim maritus rei dotalis civile dominium habeat; tamen uxor naturale dominium retinet: de quo alibi dicendi locus erit. d. l. fructus §. si fundum ff. solut. matrim. post Dd. Wesenb. ad d. §. 39. n. 3. Sixtin. d. l. n. 49. ubi hanc sententiam communem dicit. Dan. Moll. semestr. 4. c. 27. in fin.

Idem * statuendum est de usufructuario, inter quem & dominum proprietatis thesaurus in re usufructaria inventus ex æquo dividendus est: thesaurus * enim res à fundo omnino separata est, & neque pro fructu naturali, vel industriali, d. l. fructus 7. §. si fundum ff. solut. matrim. neque * pro parte aliqua fundi haberi potest, l. 3. §. Neratius ff. d. acquir. possess. Dan. Moller. semestr. libr. 4. c. 27. n. 4. & ad constit. Saxon. p. 2. constit. ult. n. 7. in fin. Sixtin. d. l. n. 50. D. Harppr. ad d. §. 39. n. 16.

16. De * creditore etiam in re hypothecata thesaurum inveni-
niente quæritur an thesaurum jure pignoris retinere possit? quod
rectius negatur: sed creditor inventor dimidiam ejus partem re-
tinebit, & alteram dimidium domino restituet: cum * ut antè
17. dictum non sit in fructu thesaurus, & per * *l. si is qui in aliena §.*
18. *fin. ff. d. adquir. rer. domin.* ubi dicitur: quòd creditor partem sibi,
partem creditori præstabit. Sixtin. *d. l. n. 55. & seqq.*
19. Porro * thesaurus in re empta inventus totus ad empto-
rem pertinebit: *l. à tutore 67. ff. d. R. V.* ita ut remedio *l. 2. C. d.*
20. *rescind. empt. vendit.* locus non sit. Sixtin. *d. l. n. 43. & seqq.* Quod *
procedit etiam antè traditionem rei emptæ factam. Henric. Ne-
belkræ *decis. 9.* ubi hanc ampliationem pluribus confirmat.
21. De * re feudali & emphyteuticaria quoque controversum
est, ad quem thesaurus in ea inventus pertineat? & sanè rectius sen-
tiunt ii, qui statuunt, eum ad vasallum, vel emphyteutam perti-
nere: quoniam * scil. vasallus utile dominium rei feudalis & em-
22. phyteuticariæ habet, de * qua distinctione inter utile & dire-
23. ctum dominium *in fin.* hujus tituli agetur. Sixtin. *d. l. n. 45.*
24. Planè * ut thesaurus pro dimidia parte inventoris sit, id pro-
cedit si fortuito casu inventus fuerit, non si datâ operâ, quo ca-
su domino fundi in totum acquiritur. *d. l. unic. C. d. thesaur.*
25. Si * verò arte Magicâ sive incantationibus inventus fuerit
thesaurus, Fisco in totum cedit. *d. l. unic. C. d. thesaur.* ubi Gloss.
& Bartol. Henric. à Rosenthal. *d. feud. c. 5, conclus. 92. n. 3.* Sixtin.
d. l. n. 33. & 34. D. Harppr. d. l. n. 4.
26. Ut verò ad principalem controversiam nostram veniamus
quid juris erit, si in loco religioso non datâ ad hoc operâ sed for-
tuito casu inventus fuerit thesaurus, cui acquiritur? Et * quòd
inventori adquiratur & quidem in totum, disertis verbis tradit
Justinianus Imperator *in d. §. thesaurus 39. h. t.*
27. Cui * tamen textui valdè reclamare videtur Callistrati re-
sponsum *in l. non intelligitur 3. §. si in locis 10. ff. d. jur. fisc.* ubi respon-
det JC. quòd si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosive, aut in
monumentis thesauri reperti fuerint, Divi fratres constituerint, ut
dimidia pars ex his fisco vindicaretur. Quos textus alii aliâ ratione
in concordiam reducant.
28. Franciscus Duarenus * *in d. l. fructus 7. §. si fundum* & Nico-
laus

laus de Passeribus à Genova p. m. 674. n. 29. planè desperatam conciliandi rationem adferunt, statuentes: duo hæc rescripta adeò pugnantia & contraria esse, ut nullâ ratione conciliari queant. Verùm * desperatus hic conciliandi modus jam dudum detestatus est, nec ideò dignus, ut pluribus eum impugnemus: ita enim textus juris componere non artis est, sed vel inscitia, vel temeraria licentia.

Regnerus * Sixtinus d. l. n. 32. secutus Joh. Borchold in c. unic. quæ sunt regal. libr. 2. feud. n. 93. & in d. §. 39. ibid. Welsenbec. n. 3. & Heig. n. 16. putat: in d. §. 39. idem statuendum esse in thesauro in loco religioso reperto, quod in thesauro in loco privato invento statutum est: nimirum ut dimidia pars thesauri inventoris, altera dimidia verò domini fiat: d. c. unic. quòd * sancitum sit Divorum fratrum Constitutione, cujus Callistratus meminit. in d. §. 10. Aliud * verò ante eos constitutum ab Hadriano Imperatore, qui voluerit totum thesaurum non minùs ad eum, qui in loco sacro aut religioso, quàm qui in proprio invenerit, pertinere: d. §. 39. quod ibi ita referat Justinianus, nullo verbo autem approbet, sed velit, ut dimidia tantùm pars thesauri inventi in loco sacro, aut religioso inventoris sit. Fridericus * verò Imperator in c. unic. maluerit: quod à Divis fratribus constitutum, constitutione suâ tanquam novissimo jure approbare & sic abrogare, quod de loco sacro vel religioso in d. §. 39. traditum est.

Quæ * sanè conciliatio minimè placet. Hoc quidem concedimus Sixtino & qui cum eo faciunt: idem juris obtinere in loco religioso publico, vel Cæsaris, vel Fiscali, quod in privato obtinet, ut scil. dimidia pars thesauri inventi inventori, & altera dimidia fisco cedere debeat; verùm * non ideò fingendum est; aliud Hadrianum sensisse, cujus sententiam referat solùm Justinianus Imperator, in d. §. 39. non verò eam approbet: tùm * quòd negetur hujus sententiæ fuisse Hadrianum, tùm * quòd Justinianus omnia sua fecerit in compositione juris voluminum, de quo vid. contr. 14. h. t. n. 48. & seqq. Itaque * si referat Justinianus vel Imperatoris vel JC. alicujus sententiâ, approbare eam censetur, sive hoc addiderit sive non. Quo * remoto figmento & alterum Sixtini figmentum per se cadit: quòd sc. d. §. 39. correctus sit per d. c. unic. in primis * ve-

rd quòd in dubio correctio juris non præsumat. *arg. l. præcip. 32. C. d. appellat. & l. sancimus 27. C. d. testament. l. unic. C. d. in offic. dot.*

41. Accursius * *ad d. l. 3. §. 10. textum illum cum d. §. thesaurus 39. h. t.* ita componit: quòd scil. Hadrianus *in d. §. 39.* naturalem æquitatem secutus fuerit; Callistratus * verò civilem rationem, quæ prævaleat naturali æquitati. Verum * huic conciliationi repugnat, quod tradit Justinianus Imperator *in præm. Instit. §. cumq; hoc 3.* ibi dicens: in Institutionibus nihil inutile nihilq; perperam esse positum, sed quod in ipsis rerum argumentis obtinet. Si * igitur Callistrati responsum *in d. §. 10.* prævalere debet Hadriani Constitutioni, *in d. §. 39.* ad quid utilis erit constitutio ista? 2. Distinguit * Accursius *d. l. an datâ operâ an verò fortuito casu inventus fuerit thesaurus,* quam * distinctionem Christophorus Portius sequitur *ad d. §. 39. n. 28.* Sed * nec hæc conciliatio ullius est momenti: priori enim casu nihil acquiritur inventori; *d. §. 39.* sed totus thesaurus fisco acquiritur. *d. c. unic. quæ sunt regal.*
48. Franciscus * Zoanettus *d. restit. c. 27. textum d. l. 3. §. 10.* emendat, sub verbis *religiosisve negativè non etiam religiosis* legens; Guilielmus * Fornerius verò *libr. 1. select. c. 26. in d. §. 10.* pro *at legit ac.*
49. Qui * conciliandi modus à nobis non uno loco detestatus est: cuius enim non est legem ferre, ejusdem nec est legem emendare ei; contrarium & falsum sensum pro lubitu affingere.
50. Petrus * Barbosa *in l. divortio §. si fundum ff. solut. matrimon. n. 43.* distinguit inter locum religiosum, qui quòd ad usum est inventoris, & qui quòd ad usum tertii est: hoc casu dicit, dividendum esse thesaurum, illo verò casu in totum adquiri inventori. Verum *
52. & hæc conciliatio per textum *in l. 3. §. 10.* rejicitur, quæ de locis religiosis publicis, vel Cæsaris, vel fiscalibus loquitur, quæ loca ad privatos minimè pertinent, sed quòd ad usum quoque sicut quòd ad proprietatem publica sunt.
53. Denique * sunt alii, qui distinguunt inter loca religiosa privata & inter loca religiosa fiscalia, sive publica: de illis dicunt *in d. §. 39.* agi; de istis verò *in d. l. 3. §. 10.* Quæ * conciliatio nobis omnium optima videtur & ideò amplectenda. Nam * quòd quis locum religiosum suâ voluntate facere possit, mortuum inferendo; traditur *in §. religiosum 9. h. t.* Ergò * si dominus invenerit thesaurum in loco isto, totus ad eum pertinebit, tanquam in loco

loco privato ipsius inventoris repertus. Quod verò d. §. 10. de locis fiscalibus religiosis vel publicis agat; ipse textus clarè satis indicat: quoniam * scil. religiosa loca conjunguntur ibi cum fiscalibus & publicis locis, atque *in fin. d. §. 10.* idem respondetur de thesauris in locis Cæsaris inventis. Itaque omninò probabile est, *in d. §. 10.* de locis religiosis fiscalibus, publicis & Cæsaris solùm tractari. Neque * objici hîc nobis poterit: quasi divinatoria hæc nec certa sit responsio. Etenim * hoc minimè est divinari, quando leges legibus conjunguntur & verus sensus legum ex verbis & ratione earum eruitur, quid aliàs in conciliandis legibus divinatorium non esset? Et * ergò in dubio illa eligenda & amplectenda erit conciliatio, quæ rationi & legibus convenientior & idèò probabilior, qualis hæc nostra est conciliatio. Eandemque * amplectuntur Andr. Alciat. *libr. 7. parerg. c. 1.* Ludovic. Charond. *libr. 1. verisim. c. ult. in fin.* Stephan. Forcat. *in dial. spher. legal. n. 111.* Connan. *libr. 3. comment. c. 4.* Joh. Robert. *recept. lect. 10.* Everh. Bronch. *ἐναυτιοφάω. cent. 3. assert. 80.* D. Harppr. *ad d. §. 39. n. 7. & 8. pluresq; ab eo allegati.*

57.

58.

59.

60.

61.

Controversia XVIII.

*Tradens & accipiens in corpore si consentiant,
in causis verò dissentiant, dominium trans-
fertur.*

Summaria.

Traditionibus non nudis pactis sive titulis dominia rerum transferuntur, n. 1.

Modò justa causa subsit n. 2. & 3.

Et in causa consentiant contrahentes, n. 4.

Pugna inter *l. si ego 18. ff. d. R. C. & l. cum in corpore 37. ff. d. adquir. rer. do-
min. n. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.*

Varia horum textuum conciliatio remissivè, n. 13.

Nicolai de Passeribus, inter domini translationem revocabilem & irrevoca-
bilem distinguendis, conciliatio, n. 14. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.

Ejus refutatio, n. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. & 28.

Accursii & Zasii distinguendum, an causa obligandi præcesserit nec, con-
ciliatio, n. 29.

Bartoli inter obligationem constituendam & dissolvendam distinguendis,
conciliatio, n. 30.

Quæcum Accursii & Zasii distinctione conveniens esse videtur, n. 31.

Autor Bartoli distinctionem tanquam convenientem cum verbis legis & ratione ipsa sequitur. n. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. & 39.

1. **T**raditionibus * non nudis pactis transferri dominia rerum; rescribitur in *l. traditionibus* 20. C. d. pact. *l. si pater* 2. C. d. crimin. *stellionat.* & respondetur in *l. qui fundum* 7. §. fin. ff. pro empt. Modò * tamen non nudæ sint traditiones, sed causam habeant,
2. ad domini translationem sufficientem: nunquam * enim nuda
3. traditio dominium transfert, sed ita, si venditio, aut aliqua iusta causa præcellerit, propter quam traditio sequeretur: veluti respondit Paulus JC. in *l. nunquam nuda* 31. ff. d. adquir. rer. domin. Ut * uterque etiam contrahentium consentiant in causa necesse est: sicut respondit Javolenus JC. in *l. in omnibus rebus* 55. ff. d. O & A.
4. Unde * magna pugna exorta est inter *l. si ego* 18. ff. d. rebus credit. & *l. cum in corpus* 36. ff. d. adquir. rer. domin. Nam in d. l. 18. ita respondet Ulpianus JC. Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit, donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum, & puto, nec mutuam esse: magisq; nummos accipientis non fieri, cum aliâ opinione acceperit. Quare si eos consumpserit: licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit: quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumpti. Vi * cujus textus nummi accipientis non fiunt, licet traditio subsequuta fuerit: quòd dans ex causa donationis dare nummos & in accipientem transferre voluerit, accipiens verò ex causa mutui eos accipere. Cum
5. * igitur in causis dissenferint contrahentes, neque nummi accipientis fieri poterunt: licet si consumpti fuerint, per doli exceptionem servari possint.
6. Cui * sanè responso contrarium responsum dare videtur Javolenus JC. in d. l. cum in corpus 36. ubi sic respondet: Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis verò dissentiamus: non animadverto, cur inefficax sit traditio. Veluti si ego credam, me ex testamento tibi obligatum esse, ut fundum tradam: tu existimes, ex stipulatu tibi eum deberi. Nam & si pecuniam numeratam tibi tradam donandi gratiâ, tu eam quasi creditam accipias: constat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse, quòd circa causam dandi atq; accipiendo dissenferimus. Ex * quo textu satis clarè constare videtur; quòd, si in causis erratum fuerit, transferatur dominium, modò in corpus consensum fuerit, Quod * JC. exemplo isto comprobatur & confir-
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.

confirmat: ut si tradam pecuniam donandi causâ, tu eam quasi creditam accipias. Cujus * casus, qui idem est cum casu *d. l. si ego 18.* decisio decisioni in *d. l. 18.* contraria esse videtur.

Hæc * duo responsa varii variè in concordiam reducere tentant, veluti hoc videre est apud Nicolaum de Passeribus à Genoa in *conciliat. leg. cunct. pag. m. 230. & seqq.* qui varias Dd. conciliationes ibi retulit easque refutavit. Quæ * quoniam tanti momenti esse non videntur recensere hîc & examinare supersedere volumus: cum in meris divinationibus consistant; eâdem igitur facilitate, quâ proferuntur, refutari & rejici possunt. Unicam * tamen quæ est Nicolai de Passeribus *d. l. n. 75. & seqq.* & speciem præ se ferre videtur, videbimus, an ea tanti sit ponderis, ut nodum hunc difficilem solvere queat, & deinde nostram conciliationem tanquam veram subjiciemus. Ita * verò duo hæc responsa post Donell. Charond. & Treutler. conciliare annititur Nicol. de Pass. ut inter dominii sive proprietatis translationē revocabilem & irrevocabilem distinguat. Vi * textus in *d. l. si ego 18.* dicit nummos accipientis non fieri: quia revocari possunt sc. vel condictione sine causa si extent adhuc vendicari, vel si non extent amplius, condici. Ideoque * verba in *d. l. si ego 18. magisq. nummos accipientis non fieri*, ambigua esse addit: posse enim significare, & nummos fieri ipsius accipientis & non fieri. Fieri * accipientis, si initium spectemus: transferatur enim ab initio proprietates eorum in ipsum accipientem. At * eosdem nummos rursus rectè & ex usu juris dicit accipientis non fieri, cum apud ipsum perpetuò & irrevocabiliter minimè manere debeant. Atque * sic ex mente Nicol. de Passerib. secundum *d. l. si ego* nummi non fiunt accipientis: secundum legem *cum in corpus 36.* verò fiunt accipientis, revocabiliter tamen: cum ut dictum vindicari & condici possint.

Verum * & hæc conciliatio, sicut aliorum quos refutavit Nicol. de Passeribus merè divinatoria est & juris rationi adversa: quippe cum de hac distinctione translati dominii vel proprietatis revocabilis & irrevocabilis neque ex verbis neque ex mente dictorum textuum quidquam appareat. Hoc * quidem ita obtinet in fructuum perceptione, ut illi bonæ fidei fiant possessoris revocabiliter, si extent adhuc, irrevocabiliter verò si non extent amplius, sed consumpti sunt. Verum * illud ita expressè constitutum

- tutum est in jure nostro, hoc verò minimè, quin juris rationi manifestè contrarium est: si * enim vindicari possunt nummi, sicut hoc innuit Ulpianus in *d. l. 18.* dum dicit, consumptos nummos condici posse, ergò extantes vindicari & dicit ipse Nicol. d. Passeribus *d. l.* itaque dominium à parte vindicantis præsupponendum erit *l. in rem actio 23. pr. ff. d. R. V. & l. fin. C. eod. tit.* Si * igitur dominium penes dantem manet, certè in accipientem transferri non potuit: quippe * cùm duo unius ejusdemque rei domini in solidum esse nequeant. *l. si ut certo 5. §. si duobus 15. ff. commodat. Alex. & Jas. in l. 1. ff. d. legat. 1.* Deinde * hanc distinctionem sive conciliationem impugnat: quòd Ulpianus decisionis rationem in *d. l. 18.* à tituli defectu desumat, quem dissensus & error impediat; sine * titulo autem dominium non transfertur *d. l. nunquam 31. ff. d. adquir. rer. domin.*
29. Accursius * & Zasius in *d. l. si ego 18.* distinguunt an causa debiti præcesserit nec ne, ut si præcesserit & creditor accipiat nummos, quos dans donare voluit, ex causa præcedentis crediti, nummi accipientis non fiant. Bartolus * verò in *d. l. 18.* specialius ibi loquitur, distinguens inter obligationem constituendam & dissolvendam, de illa *d. l. 18.* de ista verò *d. l. 36.* accipiens. Quæ * Accursii Zassii & Bartoli sententia concordare & inter se convenire videtur.
32. Et * quidem hæc Bartoli distinctio non solùm verbis *d. l. cùm in corpus 36.* conveniens est; sed etiam optimâ ratione nititur. Nam
33. * in *d. l. 36.* illa habentur verba: *tu eam quasi creditam accipias:* quæ verba de pecunia antè ab accipiente danti credita accipienda sunt: ut * enim dicere potuit JC. *debitam* ita etiam *creditam:* quoniam relata sunt *credere & debere,* & sic pecunia à parte dantis, qui ante credidit eam, tanquam credita est, à partè verò accipientis tanquam debita. Etiam si * etiam dixisset JC. ut vult Nicol. de Passer. *tu eam quasi debitam accipias,* tamen ita etiam intelligi potuissent verba: ut pecuniam tanquam *creditam* habere debeat accipiens. Quomodò * sanè videtur clarius sic expressisse sententiam suam JC. quòd dicit *tu eam quasi creditam habeas,* quam si dixisset, *tu eam quasi debitam habeas,* id est deinceps eam debeas mihi.
37. Illorum * certè verborum in *d. l. 18.* magisq; est nummos non fieri accipientis durior est interpretatio à Nicola de Passer. tradita hæc nostra:

strâ: nullibi * enim in jure nostro legimus, aliquid non fieri alius, & tamen dominium transferri, quæ contradictionem implicitam habent.

Optimâ * verò ratione niti Bartolf opinionem, patet ex *l. Arrianus 47. ff. d. O. & A.* ubi respondet Ulpianus JC. multum interesse, utrum aliquis obligeretur, an aliquis liberetur. Nam ubi de obligatione quæritur: propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum: ubi de liberando ex diverso, ut faciliores simus ad liberationem. *Add. Jul. Pac. ἐναρτιοφωρ. cent. 3. q. 37.*

Controversia XIX.

Quæ in tempestate levanda navis causâ ejiciuntur dominorum permanent.

Summaria.

Sententia nostra stabilitur. *n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.*

Exceptio ex *l. falsus creditor 43. § si jactum 11. ff. d. furt. n. 7. 8. & 9.*

Aliorum Interpretum conciliationes textuum allegatorum remissivè. *n. 10.*

ITa * ait Justinianus in *§. aliena sanè 48. h. t.* & respondet * Gaius JC. in *l. quâ ratione 9. §. ult. ff. d. acquir. rer. domin.* Item * Julianus JC. in *l. qui levanda 8. ff. ad L. Rhod. d. jact* atque * concordat Javoleni JC. responsum in *l. interdum 21. §. 1. ff. d. acquir. vel amitt. poss.* ubi id quod naufragio expulsum est usucapi non potest: quoniam non est in derelicto, sed in deperdito. Idemque * respondet Julianus in *l. pen. ff. pro de relict.* & Paulus JC. in *l. si laborante 2. §. fin. ff. ad L. Rhod. d. jact.* Palam * enim est in tempestate res non eo animo ejici, quod quis eas habere nolit; sed quod magis cum ipsa navi maris periculum effugiat, *d. §. 48. & l. 9. §. ult.*

Excipitur * autem hîc: nisi res animo pro derelicto habendi ejectæ fuerint. *l. falsus creditor 43. §. si jactum 11. ff. d. furt.* Quamvis * enim in *h. l. 43. §. 11.* habeatur, hoc plerumque credendum esse; tamen vocula *plerumque interdum* ibi significat, quod volunt antè allegatæ leges, & * aliàs quoque dictio hæc in eodem significato poni solet, ut in *l. idem 25. §. sed quamvis fin. & l. seq. ff. d. pact. Accurs. in d. §. si jactum & l. 2. §. fin. ff. ad L. Rhod. d. jact.* Bartol. in *d. l. levanda & in d. §. si jactum.* Johan. Brechæ. in *l. verbum 37. ff. d. V. S.* Francisc. Connan. *libr. 3. c. 3.* qui tamen in *d. l. 43.* pro *plerumque* haud

38.

39.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10. haud rectè ponit *interdum*: quippe nulla necessitas hoc efflagitat. Aliæ * horum textuum conciliationes refutatae videantur apud Nicolaum de Passeribus p. m. 291. seqq. ubi n. 25. lectorem pro more cogitabundum dimittit.

Additamentum.

Distinctio domini in directum & utile fundata est in jure nostro.

Summaria.

- Distinctio hæc à Practicis & Theoricis valdè controversa est. n. 1. & 2.
 Quæ re ipsâ consideratâ fundata est in jure nostro. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.
 Distinctionis hujus nomen ab effectu desumptum est, n. 11. 12. 13. & 14.
 Obiectio ex l. 1. ff. si ag. vect. pet. n. 15.
 Solutio. n. 16. 17. & 18.
 Alia obiectio. n. 19.
 Solutio. n. 20. 21. 22.
 Quæ distinctio communis est & in Foro recepta. n. 23. & 24.

1. **M**agna est de hac domini distinctione inter Practicos & Theo-
 2. ricos contentio. Illi * rem ipsam ponderantes distinctio-
 nem hanc retinendam esse censent; idque melioris doctrinæ causâ.
 3. Hi * verò in verborum captationibus inprimis ludentes & subti-
 4. lizantes rejiciunt eandem.
 Equidem * rem ipsam quod concernit: distinctio hæc in
 jure nostro omninò fundata est. Namque * constat emphyteu-
 5. tam dominum esse rei Emphyteuticæ l. 1. l. qui agros 8. & l. hæc de-
 6. functione 12. C. d. omn. agr. desert. & c. l. possessores 12. C. d. fund. pa-
 trim. libr. 11. ubi dominus appellatur: aliàs * enim rei vindicatio
 7. ei non competeret l. 1. ff. si ag. vect. pet. Constat * & illud, rem in
 8. emphyteusin dantem five concedentem dominum manere l. 1. &
 2. C. d. jur. emphyteut. Ergò * aliud habere dominium emphy-
 9. teutam, aliud dominum directum, necesse est: quippe * cum duo
 ejusdem rei domini in solidum esse non possint. l. si ut certo 5. §. si
 10. duobus 15. ff. commod. Idemque * de vasallo dicendum, qui domi-
 nus expressè & quidem bis vocatur, in c. 1. §. insuper vers. illud quoq.
 precipimus d. prohibet. feud. alienat. per Frideric. & * utilis quoque
 rei

rei vindicatio ei competere dicitur *in c. 1. §. rei autem d. invest. d. re alien. fact.*

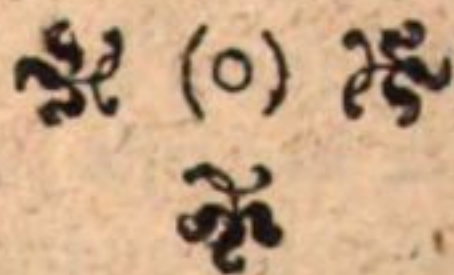
Ad * distinctionis nomen quod attinet : & sanè commodius & ipsi rei convenientius reperiri non potuit, quàm nomen *utile* : cum * ab effectu desumptum sit. Ex * dominio Emphyteutæ & Vasalli utilis oritur actio, sive rei vindicatio, quod nemo negarit: quare utile dominium præsupponi oportet. Qualis * enim effectus, talis etiam causa est, juxta vulgarem Logicorum canonem.

Objiciunt * vulgò *l. 1. ff. si ag. vect. pet. ibi : quamvis non efficiatur dominus.* At * facilis ad eam est responsio : namque ratione directi domini intelligendus est ibi JC. aliàs * enim sibi contradixisset : dum negasset, dominum esse emphyteutam, & tamen rei vindicationem ei concessisset : quod * certè minimè præsumendum erit.

Non * adversatur etiam : quòd feudum usufructus quidam appelletur *in c. 1. sub fin. in quib. caus. feud. amit.* hoc * enim improprie ibi fit & latà quâdam significatione : quippe * cum hic usufructus à vero usufructu diversus sit : qui * ejusmodi, ut servitia de eo præstari debeant, & cum morte vasalli non extinguatur.

Quæ * domini distinctio non solum à Doctoribus communiter approbata, sed etiam * in Foro & quidem in summo Tribunali Camerae Imperialis recepta est : veluti de hoc testantur Henric. à Rosenthal. *d. feud. c. 1. conclus. 6. n. 1. vers. autem in fin. & Regner. Sixtin. d. regal. libr. 2. c. 26.*

n. 48.



De
REBUS CORPORALIBUS
&
INCORPORALIBUS.

TITULUS II.

Controversia I.

*Debita, jura & actiones neq. bonis mobilibus
neq. immobilibus accensentur; sed tertiam
bonorum speciem constituunt.*

Summaria.

Controversia hæc practica est. n. 1.

Sub generali bonorum appellatione debita, jura & actiones comprehen-
duntur. n. 2.

Non tamen sub bonorum mobilium & immobilium appellatione. n. 3. 4.
5. 6. & 7.

Quod statuto Wirtembergico consonum est. n. 8.

Mobilium appellatione non veniunt debita, jura & actiones, etiamsi dictio
universalis addita fuerit. n. 9.

Quæ receptissima est & practica sententia. n. 10. 11. & 12.

Et probatur exemplo statuti. n. 13.

Item exemplo donationis bonorum mobilium & immobilium. n. 14.

Et exemplo legatorum bonorum mobilium & immobilium. n. 15.

Distinctio. n. 16. 17. & 18.

Quæ practica est. n. 19.

Et exemplo probatur. 20.

1. **C**ontroversia * hæc insignem habet usum in praxi, propter
varias quæstiones, quæ in variis juris materiis occurrere so-
lent, quarum decisio ex hujus tanquam principalis quæstionis de-
cisione dependet.

2. Hoc * quidem verum est, sub generali bonorum appellatio-
ne etiam nomina, jura & actiones contineri, veluti responsum est,
in l. legatus 30. §. 1. ff. ad Sc. Trebellian. & rescriptum in l. nomen. 4. C.

qua

quæ res pignor. oblig. poss. &c. l. si ademptis 5. C. d. sentent. pass. atque notant Dd. & Gloss. in l. Princeps bona ff. d. V. S. Tiraquell. in l. si unquam C. d. revoc. donat. non * tamen bonis mobilibus neque immobilibus adnumerantur, sed tertiam bonorum speciem constituunt. Quod * probatur per elegantem textum in l. quem Tuberonis 7. §. in peculio 4. ff. d. pecul. ubi respondet Ulpianus JC. in peculio omnes res esse posse & mobiles & soli, hoc amplius & nomina debitorum. Et * per textum in l. à Divo Pio 15. §. 2. circ. fin. ff. d. re judicat. in quâ respondet idem Ulpianus: quod si in executione sententiæ non sint moventia bona, tunc soli bona distrahantur, & si nec quidem soli, ad jura etiam perveniatur. Idemque * rescriptum est in l. 1. C. d. Prætor. pign. In * quibus sanè juris textibus bona mobilia & immobilia, debita jura & actiones, ut diversæ bonorum species evidenter invicem opponuntur. Hocque * juri statutorio Wirtembergico omninò consonat. Sürstl. Wirtemberg. Landrecht. p. 1. tit. 75. pag. 202. §. zum dritten.

Quin * mobilium appellatione non venire debita, jura neque actiones, etiam si dictio universalis fuerit addita; traditum est in l. quasitum est 46. §. si quis 12. ff. d. instruct. legat l. uxorem 41. §. legaverat 6. l. quasitum est 78. §. 1. ff. d. legat. 3. l. si mihi Mavia 92. pr. & §. 1. ff. d. legat. 3.

Et * hanc receptissimam esse sententiam, testatur Arius Pinellus: ad rubric. C. d. bon. matern. p. 1. n. 24. quam etiam tuetur Neguzantius d. pign. & hypoth. p. 2. m. 2. n. 9. & * secundum eam in Senatu Pedemontano decisum esse; ait Casp. Anton. Thesaur. decis. pedemont. q. 2. n. 3.

Unde * statutum de rebus mobilibus & immobilibus disponens de debitis, juribus & actionibus exaudiri non debet. Matth. Berlich. practicab. conclus. p. 3. conclus. 33. n. 6. Et * donatis bonis mobilibus & immobilibus debita, jura & actiones donata non censentur. Ant. Thesaur. decis. 201. Atque * legatis bonis mobilibus & immobilibus debita, jura & actiones haud continentur. Casp. Ant. Thesaur. d. q. 2. n. 6.

Veruntamen * si necessitas flagitaret debita, jura & actiones ad alterutram bonorum speciem referre, ut si legasset quis bona mobilia & immobilia, nec tamen haberet; tum Dd. communiter distinguere solent: an * debita, jura & actiones ad res mobiles

- competant, an verò ad immobiles: priori casu ea bonis mobili-
 18. bus accensent; posteriori verò casu bonis immobilibus. Ita *
 ex Dd. distinguunt Thesaur. d. q. 2. n. 5. Bernhard. Wurmser. pract.
 observat. libr. 1. tit. 28. observ. 5. & Berlich. d. conclus. 33. n. 2. Hanc-
 19. que * distinctionem in casu quodam secutam fuisse Cameram Im-
 20. perialem; testatur Geil. 2. observ. 11. n. 10. Hinc * etiam debita,
 jura & actiones quasi possidens à judicio sibi satisfactione, ut immo-
 bilium possessor, immunis est: teste eodem Geil. 2. observ. 10. n. 6.
 Add. Hartmann. Pistor. libr. 1. quest. 16. per tot. D. Wilhelm. Anton.
 in Corollar. ex jur. civil. 14. p. 17. tractat. d. induc. morat.

Controversia II.

Annui etiam redditus tertiam bonorum speciem constituunt.

Summaria.

Quæ sententia probatur remissivè. n. 1.

Annui redditus, si perpetui sint, interdum bonis immobilibus adnumerantur. n. 2. 3. & 4.

Quæ sententia ampliatur, ut vera sit, etiam si in sola obligatione personali consistant annui redditus. n. 5. & 6.

Limitatur in redditibus cessis. n. 7. & 8.

1. **U**T * debita, jura & actiones neque bonis mobilibus neque
 immobilibus adnumerantur, sed tertiam bonorum speciem
 constituunt; ita quoque annui redditus. Dominic. Cardinal. Tusch.
 2. tom. 1. lit. A. conclus. 342. n. 4. Joh. Köpp. decis. 24. n. 7. Verum *
 si ad alterutram horum bonorum speciem referte annuos redi-
 tus necessum sit: tum si perpetui (Erbzinse oder Pechte /) bonis
 immobilibus adnumerari debent. clement. ex vi §. cumq. annui re-
 3. ditus d. V. S. Fürstl. Wirtemb. Landrecht. p. 1. tit. 75. pag. 202. §. zum
 andern. Berlich. d. p. 3. conclus. 34. n. 6. Ratio * est: quod præ-
 4. stationes, quæ renascuntur & repullulant, in fructu sint. At *
 omne quod in fructu est possidetur, vel quasi. Geil. 2. observat. 11.
 in pr. Mynsing. 1. observat. 69. n. 2.

5. Quæ * sententia ampliatur ut vera sit, etiam si annui redditus
 6. in sola obligatione personali consistant: propter * textus genera-
 litatem in d. Clement.

Limita-

Limitatur * autem in rebus cessis, (die allbereit bedagt seynd) qui fructibus à solo separatis æquiparantur. Quare * sicut hi pro bonis mobilibus habentur; ita & rebus cessis. Geil. d. observat. 11. n. 2. Mynsing. d. observat. 69. n. 12. D. Reinking. d. retract. consanguin. q. 3. n. 83.

DE SERVITUTIBUS Prædiorum.

TITULUS. III.

Controversia I.

Prædia non loco, sed usu sunt distinguenda.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. & 4.

Non dissentit hinc Neratius JC. in l. in rusticorum prædiorum 2. ff. d. servit. præd. rustic. n. 5. 6. 7. 8. & 9.

Neque dissentit etiam Neratius in l. eo jure 4. §. 1 ff. in quibus caus. pign. & c. n. 10. 11. 12. & 13.

Non * loco, sed materiâ sive usu distinguenda esse prædia, traditum est in l. 1. pr. ff. commun. præd. ubi * respondit Ulpianus JC. ædificia urbana quidem prædia appellari, etsi in villa ædificia sint, æquè servitutes urbanorum prædiorum constitui posse. Idem * respondit Ulpianus in l. urbana 198. hanc subjiciens rationem: quod urbanum prædium non locus, sed materia faciat. Atque * rescribunt Diocletianus & Maximianus Imperatores in l. si prædium 16. C. d. præd. & al. reb. minor. & c. dicentes ibi: quod prædium rusticum, vel suburbanum ab urbanis non loco, sed qualitate secernatur.

Neque * dissentit hinc Neratius JC. in l. rusticorum prædiorum 2. ff. d. servit. præd. rustic. ubi ait: rusticorum prædiorum servitutes esse, licere altiùs tollere, & officere prætorio vicini: vel cloacâ habere licere per vicini domum, vel prætorium, vel protectum habere licere. Etenim * servitus altiùs tollendi, vel similis, ædificio extrâ urbem ædificato imposita, interdum urbana est, in-

7. terdum verò rustica. Et * quidem urbana est, si ædificium, in agro positum, urbanum habeat usum, putà si inhabitandi causà aut mercaturæ faciendæ, seu alterius urbani operis opificiive exercendi comparatum sit. Rustica * autem est, si rusticum præbeat usum: veluti si fructuum collectioni, agrorum culturæ, pecoris receptioni destinatum sit, adeoque rusticis rebus promovendis inserviat. D. Rüm'lin. *ad pandect. part. 2. disp. 7. th. 20.* Quare
8. * servitus altiùs tollendi rustica dicitur *in d. l. 2* non quâ ratione ædificio, extra urbem posito, debetur; sed quâ villæ, quæ rusticum est prædium, deberi potest. Anton. Govean. *variar. jur. lect. 16.*
9. Neque * dissentit etiam Neratius *in l. eo jure 4. §. 1. ff. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacit. &c.* ubi stabula extra continentia ædificia posita prædiorum urbanorum esse negantur. Namque * loquitur ibi Neratius de jumentorum stabulis, quæ certè rustica prædia sunt. Anton. Matth. *ad §. 1. h. t. pag. m. 101.* At * Ulpianus *in d. l. 198.* de iis agit stabulis, quæ diversoriorum præbent usum, ubi ex via fessi quiescimus & vulgò tabernæ, humiliora scil. hospitia appellari solent: de * quibus etiam *in l. lex Cornelia 5. §. si tamen 5. ff. d. injur. & in §. item exercitor 3. instit. d. obligat. quæ ex delict. nascunt.* Vid. Bartol. Cæpoll. *in tract. d. servit. c. 11. n. 1. 2. & 3.* D. Magir. *ad d. l. 198.* & D. Harpprecht. *ad §. prædiorum 1. h. t. n. 2. & seqq.*
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.

Controversia II.

In servitutibus realibus prædii vicinitas requiritur

Summaria.

Omnes servitutes reales prædii vicinitatem requirunt. *n. 1.*

Tam urbanæ quàm rusticæ. *n. 2. & 3.*

Obiectio ex *l. 17. §. pen. ff. d. aq. & aq. pluvi. arc. l. 31. & l. fin. ff. d. servit. rustic. l. 6. & l. 7. §. 1. ff. commun. prad. l. 4. §. fin. & seqq. ff. si servit. vindic. & l. 14. §. fin. ff. d. servit. n. 4.*

Solutio. *n. 5. & 6.*

1. **T**Am * urbanæ servitutes, quàm rusticæ prædii vicinitatem
2. requirunt. De * urbanis textus sunt *in l. 1. §. 1. l. urbano-*

rum 2. l. hac autem 6. l. parietem 8. l. cum eo 9. l. qui luminibus 11. l. qui adificium 22. l. si quid 29. l. si testamento 31. & l. eum 33. ff. d. servit. præd. urban. de * rusticis verò in l. ergò 5. §. 1. & l. qui sella 7. §. 1. ff. d. servit. rustic.

Contrà * autem videtur esse ex l. si prius 17. §. pen. d. aq. & aq. pluvi. arc. l. tria prædia 31. & l. fin. ff. d. t. l. tradendis 7. §. 1. ff. commun. præd. l. loci 4. §. fin. & seqq. ff. si servit. vindic. & l. servitutes 14. §. fin. ff. d. servit. At * respondetur: in servitutibus realibus eo casu non requiri prædii vicinitatem, si intermedia loca servitutum usui impediendo non sint. Nam * ex communi loquendi usu & illa prædia vicina dici queunt, quæ contigua non sunt, sed à se etiam paulò remotiora. Vid. Bartol. in d. l. si prius Paul. Castrenf. in d. l. in tradendis §. interpositis 1. & Dd. in §. aequè 2. instit. d. action. D. Rüm- lin. ad pandect. p. 2. d. disp. 7. th. 21.

Controversia III.

*In proprio pariete invito vicino fenestram, nul-
lâ servitute constitutâ, aperire non licet.*

Summaria.

Quæ opinio probatur. n. 1. 2. & 3.

Verus intellectus l. eos 40 ff. d. servit. præd. urban. n. 4. 5. 6. 7. & 8.

Opinionis hujus ratio. n. 9. 10. & 11.

Iure libertatis naturalis quilibet, etiam servitute non constitutâ, luminis coe-
lestis aërisque haustum habet. n. 12.

Quid secundum statutum Wirtembergicum hîc obtineat. n. 13.

SIC * colligitur ex l. luminum 4. ff. d. servit. præd. urban. ubi lu-
minum servitute constitutâ id adquisitionem videtur: ut vicinus
lumina nostra excipiat. Ergò * servitute hâc non constitutâ, vi-
cinus noster lumen nostrum excipere non tenetur: sicq; fenestram,
quâ in ædas vicini prospici potest, aperire non licet. Hoc *
idem probat quoq; l. eos 40. d. t. cujus hæc sunt verba: Eos qui jus
luminis immitendi non habuerunt aperto pariete communi, nullo jure fe-
nestras immisisse respondi. Quem * textum malè quidam ita ex-
plicant: quòd in pariete communi quidam ex sociis, cæteris in-
vitiis, fenestram aperire non possint, aliàs verò omnes socii pos-
sunt. Etenim * hæc explicatio à textu aliena est: qui loquitur
generaliter.

6. generaliter de omnibus iis, qui parietem habent communem, eorumque consensum præsupponit. Et * deinde decidendi rationem in eo quærit Paulus J.C. quod servitus luminis immittendi constituta non sit; non autem in eo, quod cæterorum sociorum consensus adhibitus non fuerit. Quæ * sanè ratio ad solos socios haud rectè applicaretur, ut applicari deberet, si hic esset *d. l. 40.*
7. sensus: cum * inter socios servitus constitui non possit. *arg. l. in re 26. ff. d. servit. præd. urban.*
8. Quæ * sententia ratione nititur: quod fenestram in pariete suo aperiendo vicini libertas violetur, cujus secreta non violari, ejus interest multum: prospectu * namque non minus læditur vicinus, quàm pedum illatione. Unde * Xenocrates dicebat: nihil referre, oculos ne an pedes in alienum inferas. Plutarch. *in libr. περὶ πολυπραγμ.*
9. Verùm * tametsi fenestram aperire in proprio pariete non liceat sine servitute constituta; tamen jure libertatis naturalis luminis cœlestis aërisq; haustum quis habet: Er darff Fenster haben die nicht auffgehen / vulgò Hochlichter / vel fenestras graticulatas vergatterte Fenster.
10. Unde * in statuto Wirtembergico in der
11. Barordnung pag. 44. dispositum est: Welcher in seinen Wand-Gebäu oder Mawren / Fenster oder Läden hat / dardurch er in eines andern seines Nachbawren Haus oder Hoff sehen / werffen / außschütten oder außsteigen mag / so soll er solche Läden vnd Fenster mit eisenen Stangen oder andern starcken Gättern / nach Erkandnus der Vndergâng / auff maß jedes Orts Herkommen / für außschütten / steigen vnd sonst andern / daß zu Schaden dienen möcht / vermachen vnd verheimsen. *Vid. Cæpoll. d. servit. c. 36. n. 11. Cujac. 1. observat. 31. Duaren. libr. 1. disp. anniv. 33. Wesenbec. in w. ff. d. servit. n. 4. Val. Riem. decad. 2. quæst. illustr. 8. Besold. in delibat. ex libr. 8. pandect. delibat. 12. Hackelmann. disput. illustr. ad pandect. 7. th. 18.*
- 12.
- 13.

Controversia IV.

Jus aliùs tollendi servitus est.

Summaria.

Quæ sententia probatur. n. 1.

Quomodo jus aliùs tollendi servitus dicatur, controversum est. n. 2. 3.

Reinhardi Bachovii sententia. n. 4.

Ejus

Ejus reiectio. n. 5. 6. & 7.

Accursii sententia. n. 8. & 9.

Quæ exemplis probatur. n. 10. & 11.

Autor Accursii sententiam sequitur. n. 12. & 13.

HÆc * servitutis species proponitur in §. *equè 2. Instit. d. act. l. urbanorum 2. pr. ff. d. servit. præd. urban. & in l. rusticorum 2. pr. ff. d. servit. præd. rustic.*

Quomodo * autem jus altius tollendi servitus dici possit, disquirunt Doctores: cum * jure libertatis naturalis cuius ædes suas altius tollere, in infinitum etiam liceat. Reinhardus * Bachovius p. 2. disput. 17. th. 2. lit. D. dubium hoc ita solvit: quod jus altius tollendi eatenus dicatur servitus, quatenus relatio fiat ad vicinum, qui me altius ædificante, ipse contra ædificare & luminibus meis officere, servitute constitutâ, non possit. Verum * cum servitus hæc, quam fingit Bachovius cum servitute altius non tollendi in effectu conveniat; itaque Bachovii solutio admittenda non erit. Diversæ * enim & distinctæ sunt servitutes, servitus altius tollendi & altius non tollendi: quippe * diversas habent appellationes, & etiam in d. l. 2 ff. d. servit. præd. urban. ut diversæ & distinctæ servitutis species evidenter invicem opponuntur.

Accursius * verò in l. luminibus ff. d. servit. præd. urban. nondum hunc ita solvit: quod tunc dicatur quis servitutis jure altius tollere ædes suas, ubi statuto prius, aut pacto certus ædificii modus præfinitus esset: arg. l. qui luminibus 11. ff. d. servit. præd. urban. & l. ex quo 12. C. d. edific. privat. quem * modum si remittat vicinus, jure servitutis potius, quam libertatis naturalis ædes altius tolli videantur. Et * tale statutum Florentiis esse, refert Accursius d. l. & * multis in Civitatibus præsertim in Bavarie Ducatu & Uratislaviæ, testatur Geil. 2. observat. 69. n. 16.

Quam * solutionem nos quoque sequi minimè dubitamus, eamque amplectuntur Capoll. in tract. d. servit. c. 26. n. 2. Wesenbec. in æ. ff. b. t. n. 3. Donell. 11. comment. 5. D. Harpprecht. ad h. t. n. 10. Pac. ἐναρπνοφᾶν. cent. 3. q. 56. Bronch. ἐναρπνοφᾶν. assert. 99.

Hunn. variar. resolut. libr. 2. tract. 2.

tract. 2. q. 8.

* * *

Rr

Con-

Controversia V.

Servitus ne altiùs tollatur, & ne luminibus officiatur distinctæ sunt servitutes.

Summaria.

Quæ sententia probatur. n. 1. 2. 3. & 4.

Quomodo differant inter se servitus ne altiùs tollatur & ne luminibus officiatur. n. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.

Servitus ne prospectui officiatur plus in se continet, quàm servitus ne luminibus officiatur. n. 13. 14. & 15.

Distinctas * esse servitutes servitutem altiùs non tollendi & ne luminibus officiatur; patet ex §. 1. h. t. ubi inter servitutes hasce ut diversas species manifesta sit oppositio. Item * ex l. luminum 4. ff. d. servit. præd. urban. in qua respondet Paulus JC. servitute ne luminibus officiatur constitutâ hoc maximè quem adeptû esse, ne vicino altiùs ædificare jus sit. Quo * significat Paulus: etsi servitute ne luminibus officiatur præcipuè hoc sit constitutum, ne invitis nobis altiùs ædificet vicinus; tamen hoc non solum, sed amplius quid adquisitam esse: ad * quod perpendimus voculam maximè, in d. l. 4. quæ taxativam habet significationem.

Ergo * differunt hæ servitutes tanquam majus & minus: quippe * plus in se continet servitus ne luminibus officiatur, quàm servitus ne altiùs tollatur. Etenim * hanc qui habet, ejus lumina saltem altiùs tollendo minui non possunt: proinde * vicinus viridaria super eam altitudinem habere poterit. l. ædificia 12 ff. d. 1. Illâ * verò constitutâ, lumina nullo modo obscurari queunt: l. inter servitutes 15. & l. lumen 16. ff. d. servit. urban. præd. adeò * ut vel arborem ponere, quæ luminibus officiat, vel umbram eo in loco, cui sol est necessarius, facere prohibeatur. l. si arborem 17. eod. tit. Quin * & illud servitute ne luminibus officiatur continetur, non modò ne luminibus, quæ nunc sunt, officiatur, sed etiam ne futuris: nisi * de præsentibus disertè cautum sit. l. servitus 23. eod. tit.

In * hoc tamen conveniunt hæ servitutes: quòd ædium sublatione luminibus quoque offici soleat. Anton. Fab. ad d. l. luminum 4. & conjectur. libr. 19. c. 15. D. Rümlin. p. 2. disput. 7. th. 10. Hunn. in resolut. ad Treutler. p. 1. disput. 17. th. 2. q. 8. & varior. resolut. libr. 2. tract. 2. q. 4. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 11. c. 5. lit. A.

in not. D. Harpprecht. ad §. urbanorum i. h. t. n. 35. & seqq. Befold.
delib. 10. ex libr. 8. Pandect.

Servitus * verò ne prospectui officiat, qui servituti ne luminibus officiat affinis est, id amplius habet, ne quid obijciatur ad minuendum prospectum gratiorem & quaquà versus liberum: cum * servitute ne luminib⁹ officiat illud tantum contineatur, ne quid ad impediendum cœli adspectum fiat. Itaq; * prospectus ex inferioribus est locis, lumen verò ex inferiore loco esse non potest. d. l. lumen 16. ff. d. servit. urban. præd. & ibi Wesenbec. in w. n. 4.

Controversia VI.

*Servitus luminum, & ne luminibus officiat
diverse quoq; sunt servitutes.*

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Donelli contraria sententia. n. 7.

Ejus refutatio. n. 8.

Alterum Donelli argumentum. n. 9.

Ejus solutio. n. 10.

DE * harum servitutum differentia textus est apertus in l. luminum 4. ff. d. servit. præd. urban. & * l. si servitus 23. ff. eod. tit. Nam * servitute luminum constitutâ id adquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra, hoc est fenestras, quibus lumen cœli hauritur, excipiat. d. l. 4. Cum * autem servitus, ne luminibus officiat, imponitur, hoc maximè adepti videmur, ne vicino altiùs ædificare & luminibus nostris officere jus sit. Deinde * servitute luminum minus continetur; quàm servitute ne luminibus officiat. Illa * enim lumen præsens solum complectitur; hæc verò præsentia & futura. d. l. 23.

Objicit * hîc Donellus 11. comment. 5. l. inter servitutes 15. & seq. d. t. in quibus textibus servitus ne luminibus officiat & servitus luminum confundantur. Sed * facilè iis responderi potest: quòd in d. l. 16. non de servitute luminum agatur; sed de lumine illo, quòd servitute ne luminibus officiat constitutâ, obscurari non debet.

Objicit * etiam Donellus d. l. 23. ubi sub generali verbo, ne luminibus officiat, omne lumen contineri dicitur. Responde-

10. tur * verum hoc esse, si generaliter & improprie; non autem si accurate & proprie loqui velimus. Wefenbec. in w. h. t. n. 4. Hunn. variar. resolut. 2. tract. 2. q. 6. Besold. delibat. 11. ex libr. 8. Pandect. Timæ. Fab. disput. 15. ad instit. th. 7.

Controversia VII.

Aqua haustus servitus realis est.

Summaria.

Fundamenta huius sententiæ: n. 1. 2. 3. & 4.

Valde obstat l. Mela. 14. §. quidam 3. ff. d. aliment. & cibar. legat. n. 5.

Quem textum emendare solent Interpretes. n. 6.

Verus sensus d. l. Mela. 14. §. 3. n. 7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

Responsio ad d. l. Mela. 14. n. 14. & 15.

1. **A** Quæ haustus * inter servitutes reales rusticas manifestè re-
2. fertur in §. inter rusticorum 2. h. t. & * in l. 1. §. 1. ff. d. servit. præd. rustic. ubi ait Ulpianus JC. in rusticis computanda esse aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ: Atque * in l. pecoris 4. eod. tit. respondet Papi-
3. nianus JC. pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si prædii fructus maximè in pecore consistat, prædii magis quàm personæ videri. Sicut * & in l. seq. 5. tradit Ulpianus JC. nec haustum pecoris, nec appulsum, nec cretæ eximendæ calcisque co-
4. quendæ jus posse in alieno esse, nisi quis fundum vicinum habeat.
5. Verùm * hîc graviter contradicere videtur l. Mela 14. §. quidam 3. ff. d. aliment. vel cibar. legat. ubi respondet Ulpianus JC. quòd & haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsum, sit servitus personæ; tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquatur.
6. Qui * sanè textus variis Interpretum emendationibus est suppositus. Vid. Donell. libr. 11. comment. c. 7. Anton. Matth. ad §. 2. h. t.
7. Bachov. p. 1. disput. 17. th. 5. lit. B. At * retentâ lectione vulgari,
8. perspicuus nihilominus ejus sensus est. Aliquis * aquam in ea regione, ubi venalis erat, per fideicommissum reliquerat; quæsitum fuit, an valeret fideicommissum? Et respondetur in d. l. 14. quod valeat, siue cisternas reliquerit testator siue non; ut hoc casu tantum accipiat legatarius, quantò quis aquam sibi comparaturus esset. Opponitur * in d. l. 14. quòd servitus vicini prædio relicta
9. non

non fuerit. Quæ * oppositio in versic. Nam & haustus aquæ &c. 10.
 exemplis illustratur: quod & haustus aquæ sicut pecoris ad quam
 appulsus sit servitus personæ; tamen ei qui vicinus non est, inuti-
 liter relinquatur. Ex * quo patet versiculum hunc non continere 11.
 responsionem ad adjectionem, sed objectionis exaggerationem. Ta-
 citè * tamen respondet ad eam JC. quod scil. fideicommissum 12.
 hoc non contineat in se servitutem personalem; sed jus aliquod
 reale, non prædii sed personæ contemplatione relictum; aquæ * hau- 13.
 stus autem servitus sit personalis, prædii igitur vicinitatem requi-
 rat. Ut * igitur respondeamus ad hunc textum, sciendum est: 14.
 servitutem hanc aquæ haustus regulariter quidem & naturâ suâ
 esse realem; interdum tamen personæ quoque constitui eam pos-
 se: quando * scil. expressè & specialiter hoc agitur: arg. l. servitutes 15.
 14. ff. d. servit. Vid. Accurs. ad d. l. 14. verb. persona tamen & Bartol. ib.
 §. ult. Besold. in delib. ex libr. 8. pandect. delib. 15. Hillig. in Da-
 nell. enucleat. d. c. 7. lit. E.

Controversia VIII.

Servitutes longo tempore adquiruntur.

Summaria.

De hac controversia magna est inter Antiquiores & Recentiores Interpretes
 concertatio. n. 1.

Antiquissimo iure ante sc. L. Scriboniam latam usucapiebantur servitutes. 2.

L. Scriboniâ latâ defierunt usucapi. n. 3.

Quæ ratio huius legis fuerit. n. 4. & 5.

Post L. Scriboniam latam libertas nihilominus servitutum usucapi potuit. n. 6.

Sicut & post eam servitutes longo tempore præscribuntur. n. 7. & 8.

Quando scil. sunt contin. æ. n. 9.

Discontinuas tempore immemorali præscribuntur. n. 10. & 11.

Quam distinctionem servitutum inter continuas & discontinuas Neoterico-
 rum pleriq; rejiciunt. n. 12. & 13.

Primum Neotericorum argumentum ex l. fin. C. d. præscript. long. temp. n. 14. & 15.

Solutio. n. 16 17 18. & 19.

Secundum argumentum ex d. l. fin. n. 20. & 21.

Solutio. n. 22 23 24 25 & 26.

Tertium argumentum ex l. 1. §. fin. ff. d. aq. plu. arcend. n. 27. 28. & 29.

Solutio. n. 30.

Quartum argumentum ex *l. si quis diuturno* 10. ff. si servit. vindicet. n. 31. & 32.

Solutio. n. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. & 41.

Quintum argumentum ex *l. 2. C. d. servit.* & *aq. n. 42.*

Solutio. n. 43.

Sextum argumentum. n. 44. 45. & 46.

Solutio. n. 47.

Septimum & ultimum argumentum. n. 48. 49. & 50.

Solutio. n. 51. 52. 53. 54. & 55.

Neotericorum responsio ad *l. servitutes* 14. ff. d. servit. n. 56.

Cui contra respondetur. n. 57. 58. 59. & 60.

Neotericorum responsio ad *l. hoc jure* 3. §. ductus aqua 4. ff. d. aq. quot. & aestiv. n. 62.

Ejus refutatio. n. 63. & 64.

Neotericorum responsio ad *l. foramen* 28. ff. d. d. servit. pred. urban. n. 65. 66. & 67.

Ejus impugnatio. n. 68. usq. ad n. 79. inclus.

Distinctio servitutum in continuas & discontinuas in Foro ubique ferè locorum recepta est. n. 80. 81. & 82.

1. **D**E * servitutum usucapione sive præscriptione inter antiquiores & recentiores juris nostri Dd. & Interpretes magna est concertatio: quanto temporis spacio illæ præscribantur & adquirantur. Ut * verò nos rem ab ovo, quod dicitur, deducamus,
2. sciendum est: antiquissimo jure, nimirum ante Justinianum Imperatorem, servitutes ut alias res corporales usucapi potuisse; *
3. L. autem Scriboniâ latâ desitum fuisse, eas usucapi. *l. sequitur* 4. §. fin. ff. d. usurpat. & usucap. Ratio *
4. hujus constitutionis erat: quòd servitutum ut rerum incorporalium possessio non esset; *l. possideri* 3. pr. ff. d. adquir. vel amitt. possess. absq; *
5. possessione verò nulla procederet usucapio. *l. sine possessione* 25. ff. d. usurpat. & usucap. Cujac. in d. l. 4. §. fin. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 11. c. 11. lit. A. in not.
6. Veruntamen * libertas servitutum post latam etiam L. Scriboniam usucapi poterat; idq; in libertatis favorem d. l. 4. §. fin. Quamvis *
7. etiam post d. L. Scriboniam tempore regulari non usucapiantur servitutes; tamen hodiè longo tempore præscribi possunt: *l. si quis diuturno* 10. pr. ff. si servit. vindic. putà *
8. decennio inter præsentes, & vicennio inter absentes *l. unic. C. d. usucap. transform.* Quando *
9. videlicet continuæ sunt servitutes: *l. servitutes* 14. ff. d. servit. ubi respondet Paulus JC. servitutes prædiorum rusticorum, etiam si corporalibus accedant, incorporales tamen esse, & ideo usui non capi: vel ideo, quia tales sint servitutes, ut non habeant certam conti-

continuamque possessionem. Nemo enim tam perpetuò, tam continenter ire possit, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Idemq; & in servitutibus prædiorum urbanorum observari; subjicit ibidem Paulus. Discontinuae * verò servitutes (veluti iter, jus agendi & pascendi, &c.) tempore immemoriali præscribuntur. *l. hoc jure 3. §. ductus aquæ 4. ff. d. aq. quot. & astiv.* ubi tradit Pomponius J.C. quòd ductus aquæ, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habeatur. Et * idem probatur per *l. foramen 28. ff. d. servit.* ubi respondit idem Paulus: foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causâ, id neque flumen esse neque tempore adquiri posse. Quod limitat ibi J.C. ut verum sit, si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat: hanc subnectens rationem: perpetuam causam non habere: quod manu fit; at quot ex cœlo cadat, etsi non assiduè fiat, ex naturali tamen causa fieri dicit Paulus, & ideò perpetuò fieri existimari.

Verum enim verò * hanc antiquiorum Interpretum distinctionem inter servitutes continuas & discontinuas Neotericorum plerique impugnare & rejicere solent, inter quos præcipui sunt Longevallius, Connanus, Cujacius, Donellus, Antonius Faber, Schifordecker, Duarenus, & alii relati ab acutissimo J.C. Dn. D. Joh. Halbrittero, præceptore quondam nostro fidelissimo & honoratissimo *p. m. in prælect. suis ad l. 2. C. d. servit. & aqua* & Hilligero *d. l. in not.* quorum * præcipua fundamenta referemus hîc & examinabimus, an ea tanti sint momenti, ut antiquam hanc, practica & legibus conformem sententiam expugnare valeant.

1. Argumentum * desumunt Neoterici isti ex *l. fin. C. d. præscript. long. temp.* ubi disertis verbis cautum sit & generaliter, nullâ distinctione inter servitutes continuas & discontinuas factâ, traditum, servitutes 10. annis inter præsentis adquiri; quare * cùm lex non distinguat inter servitutes continuas & discontinuas, generaliter de utroque genere servitutum exaudiendum sit. Respondemus: * etiamsi in *d. l. fin.* nihil de hac distinctione agatur; de ea tamen agitur in aliis legibus, nimirum in supra citatis. Proinde * isthæc distinctio ex aliis legibus petenda erit: nam leges legibus conjungendæ, ut evitetur correctio earum, quæ odiosa est. *l. unic. C. d. in officios. dot.* Et * quòd expressè ac nominatim correctum

non.

- non est, quare stare prohibeatur? *l. sancimus 27. C. d. testam. & l. precipimus 32. C. d. appellat.* Quod * facit: quod leges Digestorum haud per Codicis leges, quin nec per 50. Constitutiones, sub Consulatu Lampadii & Orestis latas obrogatae sint, sicuti hoc *in proem. instit. controuv. 7.* probatum fuit.
19. 2. Argumentum * petunt Interpretes isti *ex ead. d. l. fin.* ubi de usufructu nominatim scriptum extet, eum longo temporis spacio praescribi. Ususfructus * verò servitus sit discontinua: cum nemo tam continenter tamque perpetuò frui possit, quin aliquo temporis momento factum fruendi intermittatur.
20. Respondemus * hìc: textus istos juris, distinctionem inter servitutes continuas & discontinuas facientes, de servitutibus praediorum sive realibus loqui; proinde haud rectè ad personales servitutes extendi: quippe * cum inter reales & personales servitutes diversa ratio obtineat. Nam * illae à re rei principaliter debentur;
21. hae verò à re personae, cum qua extinguuntur. Itaq; * ubi praescribere volens adquisivit quasi possessionem usufructus, licet non continuò percipiat; tamen animo possessionem semel naturaliter & corporaliter adquisitam firmiter retinet: ante * enim uti frui
22. non potest, quàm natura ipsum frui permittat, nimirum quando tempus utendi fruendi venit. Unde * servitutes hae personales non discontinuam, sed continuam causam habere censentur: juxta *d. l. foramen 28. ff. d. servit. urban. praed.*
23. 3. Adducunt * adversarii *l. 1. §. fin. ff. d. aq. pluv. arcend.* ubi ostendat JC. aquaeductum praescribi posse, si quis diuturno tempore aquam per alienum duxerit; diuturnum * autem tempus in jure nostro pro longotempore accipiatur. *l. 1. ff. si ag. vect. pet.*
24. Jam * verò aquaeductum servitutem discontinuam esse in aperto sit. Respondemus: * adversarios ex falso praesupposito arguentari: quod enim *in d. l. 1. §. fin.*, aquae ductus continuam causam habeat; *ex d. l. 28.* haud obscure colligi potest.
25. 4. In * medium producunt *l. si quis diuturno 10. ff. si servit. vindic.* ubi similiter tradatur de aquae ductu eum longo tempore adquiri. At * verò, ut modò traditum, aquae ductus servitus sit discontinua: qualem esse probet *l. si sic constituta 7. l. aquam 16. ff. quemad. servit. amitt.* & *l. 1. pr. ff. d. aqua quot. & astiv.* Quod * argumentum eadem responsione, quàm prius, eliditur. Nam * servitus aquae ductus
26. 31.
27. 32.
28. 33.
29. 34.

ductus continua esse potest & discontinua: continua, si continuam vel naturalem causam habeat, discontinua si discontinuam: secundum *d. l. foramen 28.* Si * continuam habeat causam servitus ista, longo tempore acquiritur; *d. l. si quis diuturno 10.* sin verò discontinuam, tempore immemorali opus est. *d. l. 28. & d. l. 4. §. 3. ff. aq. quotid. & estiv.* Et * ergò oppositi textus in *d. l. 7. 16. & 1. de illo aquæ ductu loquuntur*, qui discontinuam habet causam: siquidem * certis temporibus ibi ducitur aqua, manu & facto hominis, quod perpetuum non est: proinde etiam non utendo duplicato tempore amittitur in *d. l. 7.* servitus ista. Neque * obstat: quòd aquæ ductus ibi haud tempore immemorali, sed ut dictum, duplicato tempore, nimirum 20. annis inter præsentes & 40. annis inter absentes, amittatur: idcirco * videatur, eodem tempore eum adquiri. Respondemus * namque consequentiam negando: quippè cum dispar ratio hîc sit constitutionis & amissionis: libertas * enim favorabilis est, servitus verò odiosa; ideoque faciliùs hæc amittitur quàm constituitur, vel tempore acquiritur.

5. Allegant * adversarii nostri *l. si aquam 2. C. d. servit. & aq.* ubi servitus aquæ ductus exemplo rerum immobilium tempore acquiritur. Sed * & hæc lex de aquæ ductu continuo sive perpetuo loquitur.

6. Pro * stabilienda sententia sua adducunt adversarii hanc rationem: quòd contrariorum eadem sit disciplina: secundum vulgata. Atquin * omnes indistinctè servitutes, tam discontinuæ quàm continuæ, tam urbanæ quàm rusticæ, amittantur: si quis longo temporis spacio iis non utatur. Ergò * eodem temporis spacio adquirantur, si quis iis utatur. Quod * argumentum in refutatione 4. argumenti elisum; proinde ei prolixius inhærere operæ precium non est.

7. Et * ultimum adversariorum argumentum est: quòd nulli competat interdictum de itinere actuque privato reficiendo, nisi cui iter debeatur *l. inde etiam 3. §. hoc autem 13. ff. d. itin. act. privat.* Et * competat interdictum istud ei qui diu usus est itinere nec vi, nec clam, nec precario. *l. apparet 5. §. si quis pen. eod. tit.* Atquin * iter servitus sit discontinua. *d. l. servitutes 14. ff. d. servit.* Respondemus * quòd textus *d. §. pen. l. 5. de tempore immemori-*

- §2. riali sit accipiendus. Cùm * enim leges manifestè distinguant inter servitutes habentes causam continuam & discontinuam, ita ut istæ tempore immemoriali præscribantur, veluti supra ex jure firmavimus; ideoque haud absurdè longa possessio & diuturnum tempus de immemoriali tempore accipi poterunt: liquidem * generalius loquendo & immemoriale tempus de diuturno tempore & longa possessione dici potest. Sed * & tentari hîc posset: hætenus præsumptum quasi dominium, quod ex longa possessione adquisivisse videtur, qui longâ possessione itinere actuque usus est, tantum operari, ut interdictum hoc ei accommodetur, quantum verum dominium operatur: nimirum * si non contra dominum prædii servientis, sed contra tertium agatur.
- §3.
- §4.
- §5.
- §6. Respondent * quidem adversarii ad adductam *l. servitutes 14. ff. d. servitut.* eam de usucapione non verò de longi temporis præscriptione loqui. Verùm * si ratio subjecta probè ponderetur: idèd scil. servitutes rusticas usucapi non posse: quòd non habeant certam continuamque possessionem, apparebit, idem in longi temporis præscriptione obtinere: nam * & in hac continuatio possessionis omninò necessaria, quod notissimi juris est. *l. usucapio 3. ff. d. usurpat. & usucap. l. sicut. & l. cùm notissimi 7. C. d. præscript. 30. vel 40. annor.* Deinde * tenendum est: usucapionem & præscriptionem largè in jure nostro sæpè sumi & pro eodem poni, veluti hoc apparet ex *l. furtum 37.* ubi de præscriptione agitur, quæ postea in *l. seq. 38. ff. d. usurpat. & usucap.* usucapio dicitur. Gloss. in *d. l. 3. ff. d. t.*
- §7.
- §8.
- §9.
60. 61. Sicut * adoptio & nomen generis est & nomen speciei. Et * ergò *d. l. 14.* tam de usucapione, quàm de præscriptione accipienda est: præsertim cùm ratio subjecta utrique sit accommodata.
62. Ad * *l. hoc jure 3. §. ductus aquæ 4. ff. d. aq. quot. & æstiv.* respondent adversarii: à contrario sensu ibi effici, ut longo tempore adquiri non possit aquæ ductus, tanquam discontinua servitus, nimirum eo casu, quo scientia & patientia domini non intervenit. Verùm * nos negamus in *d. l. 3.* hanc decisionis rationem esse, sed potius rationem continuitatis & discontinuitatis, quæ in *d. l. foramen 28. & d. l. servitutes 14.* manifestè satis posita est & idèd ex iis desumenda. Quin * in *d. l. 3. §. 4.* scientia & patientia domini intervenisse præsumitur, ut ea idèd frustra ibi excludatur.
- 63.
- 64.
65. Denique * ad *d. l. foramen 28.* respondent: non desiderare ibi

JC. ad usufructum servitutis, quod quis servitute indefinenter & sine interruptione utatur : quia * servitus etiam discontinua, hoc est cujus usus intermissus est, longo tempore acquiri possit ; sed solum hoc requirere JC. ad servitute[m] siue conventionem siue usufructu[m] constituendam : quod omnis servitus debeat habere causam perpetuam. Alioquin * si jus aliquod ejusmodi in causa consistat, quæ non sit perpetua, jus illud servitute[m] non esse, & per consequens tanquam servitute[m] præscribi non posse. Verum enim verò * nos falsam hanc esse d. l. 28. explicationem omnino putamus. Verus * enim ejus sensus & intellectus hic esse videtur : Quæsitum fuit ind. l. 28. an is, qui foramen habebat, per quod ex fonte vicini aqua in pavementum ejus temporibus quibusdam mittebatur, servitute[m] longo tempore acquirere possit ? quod * negat Paulus JC. ex ratione, quia perpetuam causam non habet. Quod * deinde limitat : si in eum locum nihil ex cælo aquæ venit. Illo * enim casu servitus hæc perpetuam causam non habet : quia manu fit & certis temporibus ducitur aqua ; hoc verò casu habet perpetuam causam : licet namque assidue non fiat ; ex naturali tamen causa fit, & ideo perpetuo fieri existimatur. Subjicit * deinde Paulus generalem rationem : quod omnes servitutes perpetuam causam habere debeant : quæ sanè phrasis æquivocum habet intellectum. Nam * verba illa intelligi possent : omnes servitutes perpetuam causam habere debere ad hoc, ut longo tempore acquiri possint : & * deinde ita : ut constitutæ retineri possint. Si * enim ex lacu vel stagno aquæ ductus concederetur, ut subjicitur, in d. l. 28. frustra hoc fieri videretur : cum * lacus & stagnum exarescere sæpè soleant. Interim tamen ubi constituta est hæc servitus, prohiberi non potest. Secundum * quæ dici potest : iter perpetuam causam habere oppositivè scil. ad lacum vel stagnum, aliàs verò illud discontinuam potius servitute[m] esse : quia * scil. non habet certam continuamq[ue] possessionem, quæ in præscriptione longi temporis requiritur.

Et * hæc antiquiorum Interpretum & Doctorum distinctio tanquam legibus & juris rationi maxime consentanea, hodie in foro recepta est : sicut de hoc testatur Guido Papæ decis. 573. ubi ait : in Camera consilii Delphinatus ita decisum fuisse Et * secundum eam in Camera Imperiali in causa Knoblochs contra Senatum & communitatem Haganöensem judicatum ; attestatur quoque

66.

67.

68.

69.

70.

71.

72.

73.

74.

75.

76.

77.

78.

79.

80.

81.

82.

83.

Mynsing. cent. 4. observat. 53. & resp. 11. n. 16. & seqq. decad. 1. Quin
* in omnib⁹ judiciis secundum hanc sententiam nostram judicari;
tradit Dn. D. Halbritter. d. l. Quam * amplectuntur quoque Bartol.
& Martin. Laudenf. aliique Interpretes in d. l. servitutes 14. Felin. in
c. de quarta col. pen. d. præscript. Lancellott. & Dec. in l. si certis annis C.
d. pact. Alexand. d. Imola consil. 6. vol. 1. & consil. 69. Covarruv. libr.
1. variar. resolut. c. 17. n. 11. & 12. Francisc. Balb. d. præscript. p. 2. p.
4. q. 1. n. 1. Cæpoll. d. servit. præd. urban. præd. c. 19. & c. 20. Geil. 2.
observat. 66. n. 7. & 69. n. 14. Modestin Pistor consil. 7. n. 5. & seqq. Bern-
hard. Wurmser. libr. 1. observat. tit. 27. observat. 5. n. 11. & seqq. Go-
metz. resolut. c. 15. n. 27. & seq. tom. 2. Soarez in thesaur. recept. sen-
tent. lit. S. n. 108. & seqq. Fasq. controuv. libr. 2. c. 84. n. 6.

Controversia IX.

*In servitutibus usucapiendis sive præscribendis
titulo opus non est.*

Summaria.

Controversia hæc elegans est & usu practico frequentissima. n. 1.
Negativa ejus sententia stabilitur. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.
A qua nonnulli Interpretum & Dd. secessum fecere. n. 12.
Primum eorum fundamentum ex l. nullo 24. C. d. R. V. & l. ult. C. d. usucap.
prohared. n. 13.
Quod refutatur. n. 14. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.
Secundum fundamentum. exc. 1. d. præscript. in 6. n. 21. & 22.
Quod rejicitur. n. 23. 24. 25. 26. 27. & 28.
Tertium fundamentum ex l. fin. C. d. præscript. long. temp. n. 29.
Quod impugnatur. n. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. & 37.
Dissentientium responsio ad l. 1. §. fin. ff. d. aq. pluvi. arc. n. 38. 39. 40. & 41.
Ejus refutatio. n. 42. usq. ad n. 61. inclus.
Adversariorum responsio ad l. 2. C. d. servit. & aq. n. 62.
Ejus expugnatio. n. 63. usq. ad n. 69. inclus.
Adversariorum responsio ad l. si quis diuturno 10. ff. si servit. vindic. n. 70.
Ejus reiectio. n. 71. 72. 73. 74. 75. & 76.
Sententia nostra communis est & practica n. 77.

1.

2.

Difficilis * quidem est controversia hæc ; sed tamen elegans
& usu practico frequentissima : An scil. in præscriptione ser-
vitutum ut immobilium præscriptione titulus sit necessarius? Ubi
nobis

nobis placet negativa sententia : quæ probatur per textum haud obscurum, in l. fin. ff. d. aq. pluv. arc. ubi respondit Scævola JC. solere eos, qui juri dicundo præsumunt, tueri ductus aquæ, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur. In * quo sanè textu per *Ius* intelligitur *Titulus*, & perinde est, ac si dixisset JC. in probanda servitute aquæ ductus, si continua sit, sufficere vetustatem sive longum tempus probare, nec opus esse *Ius* sive *Titulum* possessionis docere : id est decem annis nec vi, nec clam, nec precario possessorem usum fuisse. Cui * textui suffragatur l. i. §. fin. ff. eod. tit. ubi respondit Ulpianus JC. quòd ubi servitus non invenitur imposita, is qui diu usus est servitute, neque vi, neque precario, neque clam habuisse longà consuetudine vel ex jure impositam servitatem, videatur. Atquin tum servitus maximè imposita non invenitur, ubi titulus non intervenit : nam tituli causæ sunt, quibus res unaquæq; alicui acquiritur, vel acquirendi causa in aliquem transfertur. Probatur * etiam sententia hæc nostra per l. si aquam 2. C. d. servit. & aq. in qua rescribit Antoninus Imperator : quòd, si aquam quis per fundum alterius eo sciente duxerit, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quæsierit. Vi cujus textus ad præscriptionem servitutis aquæ ductus haud requiritur titulus, sed sufficit quem sciente vicino aquam per fundum ejus duxisse. Sed * & manifestè eadem sententia confirmatur per textum elegantem in l. si quis diuturno 10. ff. si servit. vindicet. ubi respondit idem Ulpianus JC. quòd, si quis diuturno usu & longà quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus fuerit ; non sit ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo ; sed utilem habeat actionem, ut ostendat per annos fortè tot usum se non vi, non clam, nec precario possedisse. In * qua sanè lege Ulpianus phrasin illam *de jure docere* interpretatur *de titulo docere*, ut idem significet ac si dixisset JC. non opus habere præscribentem titulum legati vel alium aliquem titulum suæ quasi possessionis vel domini probare, sed sufficere scientiam & patientiam domini fundi servientis allegare & docere, quæ est loco tituli. Ex * quo apparet manifesta differentia ratio inter rerum immobilium & jurium sive servitutum præscriptionem : quòd * in illis præscribendis scientia domini necessaria non sit ; in istis verò præscribendis omninò necessaria sit, adeoque in hisce scientia domini tituli loco habeatur.

10. Et * ergò cum in immobilium præscriptione scientia domini necessaria non sit, titulus possessionis probandus est, in rerum incorporalium verò & jurium sive servitutū præscriptione (quoniam requiritur scientia domini fundi servientis) titulus quasi possessionis
11. probandus non est: aliàs * enim hætenus deterioris esset conditionis servitutē præscribere volens rem aliam immobilem præscribere volente: cum tamen hodie jura sive servitutes ad instar rerum immobilium, cæteris paribus, præscribantur. *l. fin. C. d. long. temp. præscript. & l. unic. C. d. transfor. usucap.*
12. Verum * ab hac verissima sententia præter alios multos recedunt Canonistæ *in c. si diligenti x. d. præscript* Alberic. *in l. nullo n. 1 C. d. R. V. & Paris. consil. 27. n. 71. vol. 1.* Quorum * fundamentum 1. est:
13. quoddam generaliter constitutum sit, usucapionem seu præscriptionem absque titulo non procedere. *d. l. nullo 24. & l. ult. C. d. usucap. probat.*
14. Sed * argumentum hoc facillimè solvi potest, si dicamus: hanc quidem regulam esse, ut in usucapione vel præscriptione titulus intervenire & probari debeat; hinc * autem exceptionem à regula esse, quam manifestis juris textibus probavimus & simul etiam manifestam exceptionis rationem attulimus. Deinde * non
15. videtur sine titulo præscriptio servitutis, quando scientia & patientia domini intervenire & probari debet, quæ locum tituli habet, & quâ interveniente titulus intervenisse præsumitur, quæ est præsumptio juris & de jure.
16. Atquin * surrogatum naturam habet ejus in cuius locum fit surrogatio: §. *fuerat 29. instit. d. action. l. 1. C. d. rei uxoris action.* Bartol. *in l. infamem ff. d. public. judic. & in l. 1. §. hac actio ff. si quis testam. lib. ess. juss. fuerit.* Jason. *in d. §. 29.* quod * imprimis verum est, quando in accessorio sive surrogato eadem ratio subest.
17. Et * præsumptio juris & de jure non admittit probationem in contrarium. Gloss. *in l. fin. in pr. & ibi Bartol. ff. quod met. caus.* Gloss. & Dd. *in l. si ve possidetis C. d. probat. & in d. c. is qui fidem x. d. sponsal.*
18. Cum * igitur scientia & patientia domini fundi servientis in jurium & servitutum præscriptione surrogata sit in locum tituli, ea pro titulo habenda est: ita ut scientiâ & patientiâ domini probatâ, probatio contrarii tituli ratione non admittatur.
19. 2. Adversariorum * fundamentum desumptum est ex *c. 1. d. præscript. in 6.* ubi rescriptum est à Romano Pontifice: quoddam, quotiescunque præsumptio quædam præsertim juris naturalis præscri-
20. benti

benti refragatur, præscriptio sine titulo procedere non possit. Jam
 * verò ei qui servitutem in fundo alieno exerceat; juris naturalis
 præsumptio resistat, quia quælibet res ab ipsa rerum natura præ-
 sumatur esse libera. Ergò * præscribenti servitutem in fundo alie-
 no opus sit titulo. Quod * sanè fundamentum facili negotio, ut
 prius, everti potest: licet enim præsumptio juris naturalis tanquam
 generalis sit hîc contra præscribentem; tamen sciendum est: præ-
 sumptionem hanc non esse juris & de jure, sed talē, quæ per aliam
 & quidem specialio rem & ideò fortio rem præsumptionem tollitur
 & eliditur. Nam * præsumptionem generalem per specialem tol-
 li posse & elidi; constat ex l. cum de indebito 25. ff. d. probat. & præ-
 sumpt. & ibi Bartol. Bald. in l. sive possidetis. C. eod. tit. Alexand. d.
 Imol. consil. 150. vol. 5. n. 9. Quod * verò pro præscribente servitutem
 contraria præsumptio, specialior & fortior militet, non est dubi-
 tandum: siquidem * pugnat pro eo diuturnus usus & scientia ac
 patientia domini fundi: qui minimè præsumitur, quòd voluerit
 sine jure permittere vicino tanto temporis spacio servitute in fun-
 do suo uti: quippe nemo jactare suum præsumitur. d. l. 25. Cui *
 præsumptioni maximè hîc suffragatur: quòd præsupponendum sit,
 præscribentem nec vi, nec clam, nec precariò servitute longo sive
 diuturno tempore usum fuisse. d. l. si quis diuturno 10.

3. Dissidentium * fundamentum est ex l. fin. C. d. præscript.
 long. temp. ubi Justinianus Imperator in rerum corporalium præ-
 scriptione inter alia bonum initium requirat: subjiciens eodem ob-
 servando, etsi res non soli sint sed incorporales, quæ in jure con-
 sistunt, veluti ususfructus & cæteræ servitutes. Respondemus * Ju-
 stinianum Imperatorem jura anteriora minimè abrogasse: cùm
 de hac abrogatione & correctione ne verbum quidem in d. l. fin. re-
 perire liceat; proinde * d. l. fin. cum anterioribus legibus conjun-
 genda erit; ut bonum initium quò ad servitutum præscriptionem
 non de titulo præcisè, sed de scientia & patientia domini fundi ser-
 vientis accipiendum sit, quæ loco tituli habetur. Nam * qui utitur
 servitute in fundo alieno sciente & patiente domino, bonum ini-
 tium absque dubio habet, præsertim quod bonam fidem quoque
 habere debeat. Cui * vicissim non refragatur: quòd in eadem d.
 l. fin. dicit Justinianus Imperat. nulla scientiâ vel ignorantia expectan-
 dâ. Ergò * videatur in rerum incorporalium præscriptione scien-
 tiam

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

31.

32.

33.

34.

35. tiam & patientiam sicut in rerum corporalium præscriptione necessariam non esse, sed titulum. Responderi * namque hîc potest: quod prædicta verba in terminis habilibus sint accipienda, nimirum de rerum corporalium præscriptione; *ver. sic.* verò *eodem observando &c.* de aliis, quæ erant ratione temporis præmissa: ut idem
36. tempus in præscriptione rerum corporalium & incorporalium & sic etiam servitutum, continuarum scil. observari debeat. Vel * dici posset: in præscriptione rerum incorporalium scientiam & patientiam necessariam non esse, ubi titulum habet præscribens:
37. quia * enim sic res corporales præscribuntur, quid vetabit, quominus & res incorporales præscribantur?
38. Cæterum * *ad d. l. 1. §. fin. ff. d. aq. plur. arc.* supra pro firmanda sententia nostra adductam respondet quidam ex dissentientibus: D. Halbritter. *ad l. 2. C. d. servit. & aq.* id quod de non imposita servitute ibi proponitur de servitute non jure sive non legitimè & quidem non ab alio nisi ab ipso domino fundi servientis imposita intelligendum esse. Quem * sensum suadere dicit oppositionem inter servitutem non impositam & ex jure impositam; ut * igitur vera horum sit oppositio (quæ in contrariis terminis versari debeat) verba ista *in d. §. fin. ubi servitus non invenitur imposita*, de servitute imposita quidem, sed tamen non legitimè accipienda esse: siquidem * verba *in d. §. fin. ex jure impositam servitutem* de servitute legitimè imposita loquantur. Quæ quidem subtilis & ingeniosa est *d. §. fin.* interpretatio; verum * non tanti ponderis, ut verum & genuinum sensum *d. §. fin.* evertat. Verba * namque hujus textus nostri, ubi servitus non invenitur imposita, satis clara sunt; idcirco prout sonant ita quoque intelligenda sunt.
44. Cum * igitur loquantur de servitute non imposita, etiam sic accipienda erunt. Etenim * tum maximè servitus non invenitur imposita, quando planè non est imposita; quando verò imposita quidem est, sed tamen non legitimè; tum pro non imposita habetur.
46. Quamvis * namque aliquid non fieri & non legitimè fieri pro eodem habeantur; tamen verum hoc est, ubi actus non legitimè celebratus impugnatur à partibus, ubi verò ratificatur postea, validitatem suam accipit. Sic * in mutuo ab initio ita conveniri non potest, ut eadem res in specie reddatur, quia sic commodatum esset, aut depositum, aut pignus; *l. mutuum. 2. pr. ff. d. reb. credit.* & tamen ex postfacto

postfacto eadem res restitui potest, tanquam ex mutuo. Gloss. ad d. l. 2. & ad pr. instit. quib. mod. re contrah. obligat. Proinde * hactenus interest aliquid planè non fieri & non legitime fieri. Et ergò dicendum est: verba d. §. fin. ubi servitus non invenitur imposita, omninò accipienda esse de casu, ubi planè non imposita est servitus, & sic nullus titulus intervenit. Possunt * tamen verba ista & ad casum produci, ubi imposita quidem est servitus, sed tamen non legitime, & ita ubi intervenit quidem titulus, qui validus non est: arg. l. fructus 45. ff. d. fruct. & usur. cum * paria esse videantur titulum vel planè nullum habere, vel titulum habere quidem, sed invalidum. Nam * præscriptio non solum titulum requirit sed etiam justum; aliàs procedere non potest. l. possideri 3. §. generaliter 21. ff. d. adquir. poss. Gloss. in c. Apostolica x. d. donat. c. dudum d. decim. Anton. d. Butr. in c. Apostolica Alexand. d. Imol. in l. Celsus 27. ff. d. usurpat. & usucap. Quòd * verò sæpè dicta verba ubi servitus non est imposita, ad dominum fundi servientis debeant restringi, id ex textu d. §. fin. planè non potest colligi: siquidem * de eo ne verbum quidem ibi extat; ideoq; pro divinatorio habendū erit. Ergò * cum generalia sint illa verba, generaliter quoq; intelligi debent: & * sic tam de casu quo imposita quidè est, servitus sed tamen non ex jure sive non legitime: & tam de casu quo à domino fundi servientis non legitime (nam si legitime non est opus præscriptione, cum quis semel tantum dominus fieri possit) quàm ab alio possessore, qui dominus non est, vel planè non vel non legitime imposita. Quibus * tanquam veris (ut verissima ea sunt) præsuppositis; jam fundamento sive medio termino pro interpretatione ista suprà adducto, quòd scil. oppositio in contrariis terminis versari debeat, satisfieri potest: non tam quòd d. §. fin. etiam de alio possessore quàm domino à quo servitus non legitime imposita, intelligi possit; quàm potius quòd frustra quis tantoperè divinando accuratas istas Logicorum oppositiones in legibus nostris quæsierit & exegerit. Non * n. hoc egerunt Jcc. ut accuratas definitiones, divisiones & oppositiones exhiberent nobis, sed ut essentias rerum exprimerent. Prudentes * etiam nō in verbis dialectizare, sed exitus rerum ponderare solent. Cagnol. ad l. 1. §. 1. n. 19. ff. si quis jus dicent. non obtemperav. Unde * in jure nostro interdum ea sibi opponuntur, quæ reverà non sunt opposita, sed tantum diversa, quod pluribus exemplis demonstrari posset. Quapropter * oppositio illa

48.

49.

50.

51.

52.

53.

54.

55.

56.

57.

58.

59.

60.

tio illa in d. §. fin. non solum intelligenda est ubi non legitime est imposita servitus, sed etiam & quidem maxime ubi plane non imposita, non solum à possessore sed etiam à domino non legitime.

62. Ad * l. 2. C. d. servitute & aq. respondent adversarii : quod
 63. ibi quidem non fiat mentio tituli ; sed tamen hoc ex aliis juris
 64. textibus supplendum sit, in quibus titulus requiratur Verum * nos
 nullum textum adhuc vidimus, ubi in terminis præscribendarum
 65. servitutum titulus requiratur, sed solum in terminis præscribenda-
 rum rerum corporalium ; imò * potius, si hoc supplendum ex aliis
 juris textibus, ita omnino supplendum erit, ut titulus in facti spe-
 66. cie d. l. 2. intervenire non debeat : veluti hoc ex supra adducta l. fin.
 & l. 1. §. fin. ff. d. aq. pluv. arcend. & l. si quis diuturno 10. ff. si servit.
 67. vindicet. perspicue satis probatum fuit. Et * deinde nihil videtur
 68. hic supplendum esse : eum scientiæ domini fundi servientis in tex-
 tu d. l. 2. mentio fiat. Nam * dicitur ibi : si aquam per possessio-
 nem Martialis eo sciente duxisti : servitutem exemplo rerum immo-
 69. bilium tempore quæstisti. Ubi * scientiam requirit Antoninus
 70. Imperator, quæ loco tituli habetur. Si * etiam præter scientiam
 domini & titulus intervenire deberet, plus in præscriptione servi-
 tutis requireretur, quam in præscriptione rerum immobilium, in
 qua scientia domini necessaria non est : quod * esset contra men-
 tem adversariorum & etiam juris textus in l. fin. C. d. præscript. long.
 temp. & in l. unic. C. d. transform. usucap.

70. Tandem * ad d. l. si quis diuturno 10. respondent adversarii : quod
 JC. disertis verbis loquatur de aquæ ductu, jure constituto : quod
 certissimo argumento sit, eum agere de aquæ ductu per dominum
 fundi servientis, non autem per alium constituto : qui non est do-
 minus fundi servientis, non possit alteri servitutem aquæ ductus in
 eodem fundo jure constituere. arg. l. si fundum ff. commun. præd. &
 71. l. 2. ff. d. servit. Quæ * sanè perversa est d. l. 10. clarè loquentis in-
 72. terpretatio. Nam * dictus textus perspicue satis loquitur de casu
 quo quis diuturno usu & longâ quasi possessione jus aquæ ducendæ
 73. nactus est : id * est ubi quis quasi dominium istius servitutis longo
 74. tempore adquisivit. Quomodo * igitur ante dominium servitu-
 tis illius habere potuit ? licet enim quis ex pluribus causis rei ali-
 cuius dominus fieri possit, tamen semel factus dominus amplius
 75. dominus fieri non potest. Proinde * quod dicitur in d. l. 18. non esse
 necesse

necessè ei docere de jure quo aqua constituta est, id hunc habet clarum sensum: eum non necessè habere titulum suæ possessionis docere, vel jus illud probare, quod habere putavit. Quem * sensum ingerunt sequentia verba, *veluti ex legato vel alio modo.*

76.

77.

Quæ * sententia nostra communiter à Dd. comprobata est & sine dubio in Foro recepta. Gloss. Bartol. Castrenf. & Dd. communiter in d. l. si quis diuturno 10. & in d. l. 2. C. d. servit. & aq. Coras. ad l. servitutes. 14. ff. d. servit. n. 39. & seqq. atq; in l. ult. d. t. Ferrar. in pract. in form. libell. act. confess. pro servitute §. servitus aquæ ductus Anton. de Battilla ad d. l. 2. Balb. d. præscript. in 2. part. 4. part. prin. in 2. quæst. Cæpoll. d. servit. urban. præd. c. 20. n. 6. Covarruv. libr. 1. variar. resolut. c. 17. n. 7. Schneidevv. ad tit. instit. d. usucap. & long. temp. præscript. n. 44. & seqq. Donell. libr. 11. c. 12. Sichard. ad d. l. 2. n. 4. & seq. Cujac. ad l. 4. §. libertatem ff. d. usurpat. & usucap. Connan. 4. comment. 12. n. 15. & seq. Anton. Fab. lib. 19. conject. c. 20. Bronch. cent. 1. assert. 93. Gilkenn. d. præscript. p. 2. m. 1. c. 20. n. 12. & seqq. Zoanett. ad l. 2. C. d. pact. inter empt. n. 164. D. Harpprecht. ad §. si quis velit 4. n. 14. & seqq. Befold. in delibat. ex libr. 8. pandect. delibat. 8. Valsq. illustr. controvers. 65. n. 7. & seq. Vaud. 2. quæst. 3. n. 49. Bachov. in not. ad Treutler. p. 1. disput. 17. th. 9. lit. B. p. 675. & seqq. & in tract. d. act. disput. 3. th. 6. p. 66. & seq. D. Rümlin. p. 2. disput. 7. th. 7.

De USUFRUCTU.

TITULUS. IV.

Controversia I.

*Divisio ususfructus in causalem & formalem
sustineri potest.*

Summaria.

Divisio ususfructus in causalem & formalem. n. 1. 2. & 3.
Vnde dicatur ususfructus causalis & formalis. n. 4. & 5.

T t 2

Vususfructus

Ususfructus formalis servitus est, non verò causalis. n. 6. & 7.

Neoterici hanc ususfructus divisionem rejiciunt. n. 8. & 9.

Quam antiquiores Interpretes probant. n. 10. 11. 12. 13. 14. 15. & 16.

Neotericorum fundamento respondetur. n. 17. 18. 19. 20. 21. & 22.

Hæc divisio ususfructus in Foro recepta est. n. 23. & 24.

1. **U**sumfructum * dividunt vulgò Doctores in causalem & for-
 2. malem. Causalem * esse dicunt, qui cum proprietate conjun-
 3. ctus est; formalem * verò, qui à proprietate separatus est. Exinde *
 4. illum vocant causalem, quòd causam suam à proprietate habeat: &
 5. * formalem, quòd peculiarem & à proprietate distinctam habeat
 6. formam. Ille * servitus non est: quippe cùm pro eo vindicando a-
 ctio confessoria non competat; hic * verò est servitus: de quo in *l. t.* & *ff. d. usufr.* agitur.

7. Hanc * autem ususfructus distinctionem tanquam juris ra-
 8. tioni minùs convenientem plerique Neotericorum rejicere solent:
 cùm * causali usufructui definitio ususfructus non competat: de-
 finitur namque usufructus in *pr. h. t.* quòd sit jus utendi rebus alie-
 9. nis, salvâ rei substantiâ; res * verò propria nemini serviat; *l. uti*
frui 5. pr. ff. si usufr. petat. & c. ubi ait Ulpianus J.C. quòd *uti, frui*
 jus sibi esse solus possit intendere, qui usumfructum habeat; do-
 minus autem fundi non possit: quia habeat proprietatem utendi
 fruendi, jus separatum non habeat: nec enim ei possit suus fundus
 servire.

10. Econtrà * verò antiquiores Interpretes probant hanc divisio-
 nem suam per *l. si à reo 70. §. si reo 2. ff. d. fideiuss.* ubi respondet Gajus
 J.C. quòd si reo pro fundo obligato fideiussor pro usufructu accipia-
 tur, an teneatur fideiussor. Ratio dubitandi est ibi, quasi in minus
 vel in aliud obligetur: decidendi rationem in eo quærit J.C. an u-
 susfructus pars sit rei, an proprium quiddam. Quia verò in propo-
 sito casu usufructus fundi jus sit, incivile esse dicit J.C. fideiussorem
 11. non teneri. In * quo textu divisio hæc ususfructus manifestè sa-
 tis ponitur: cùm distinguat ibi Gajus, an usufructus pars sit fundi,
 scilicet an conjunctus sit cum proprietate; an verò separatū sit jus:
 id est, an separatus à proprietate & sic proprium quoddam jus sit.
 12. Probant * etiam antiquiores Interpretes hanc divisionem suam
 ex *l. si ita stipulatus 126 §. 1. ff. d. V. O.* ubi respondit Paulus J.C. quòd
 si Titius à Mævio fundum detracto usufructu stipulatus sit, & ab
 eodem

eodem ejusdem fundi usufructum, dux sint stipulationes, & mi-
 nus sit in eo usufructu, quem per se quis promisit, quam in eo qui
 proprietatem comitatur. Ubi * eadem divisio hæc clarè satis poni-
 tur: nam dum stipulor fundum usufructu detracto, usufructus for-
 malis constituitur, & usufructus qui proprietatem comitatur con-
 junctus est cum proprietate, & sic causalis. Sed * & probat hanc
 divisionem usufructus *l. qui usumfructum 58. ff. cod. tit.* ubi tradit Ju-
 lianus J.C. quòd is qui usumfructum fundi stipulatur, deinde fun-
 dum similis sit ei, qui partem fundi stipulatur, deinde totum: quia
 fundus dari non intelligatur, si usufructus detrahatur. Et econtrà
 qui fundum stipulatus sit, deinde usumfructum, similis sit ei, qui
 totum stipulatur deinde partem. Ex * quo textu colligitur: usum-
 fructum partem esse domini, qui usufructus est causalis: & de-
 inde detractum usumfructum à proprietate esse, qui formalis est.
 Denique * eandem divisionem usufructus perspicuè probat *l. usus-
 fructus 4. ff. h. t.* ubi ait Paulus: usumfructum in multis casibus par-
 tem domini esse, qui causalis est usufructus.

Quod * attinet ad fundamentum à Neotericis contra hanc
 usufructus divisionem productum, quòd sc. definitio usufructus in
pr. h. t. tradita nō competat causalì usufructui, quoniam res propria
 nemini servia, *d. l. 5.* responderi potest: quòd * definiatur ibi usufru-
 ctus tanquā servitus, ideoque specialis est ista definitio, soli formali
 usufructui competens. Proinde * alia & quidem generalis consti-
 tuenda hīc erit definitio, quæ duas hæc species complecti sub se
 possit. Quoniam * enim causalis hic usufructus toties à Jcc. usufru-
 ctus vocatur, quid nos pudeat, eum ita vocare? Logica * certè hīc nō
 est domina, sed ministra, quæ se Facultati accommodare debet: si-
 quidem * Jurisprudencia nostra non est simulata, vel affectata, sed
 vera Philosophia, quæ non in subtilibus istis speculationibus, vel
 potiùs phantasiis; sed in praxi ipsa consistit.

Quæ * usufructus divisio sive distinctio à Dd. non solùm
 communiter comprobata est; sed etiam in * foro frequentatur.
 Joh. Fab. *ad rubric. h. t. n. 1.* Cæpoll. *d. servit. urban. præd. c. 4. n. 1.* &
 2. Joh. d. Castillo *in tract. d. usufr. c. 1.* Schæidevvin. *ad h. t. n. 4.* &
seqq. Cujac. *in l. qui usumfructum ff. d. V. O.* Donell. *libr. 10. comment.*
c. 2. Curt. *conject. tom. 1. libr. 2. q. 1.* Pac. *ἐναγνοφαι. centur. 3. assert.*
 49. Besold. *delibat. 5. ex libr. 7. pandect.* Bachov. *miscell. disp. c. ult.*

Controversia II.

Cautio de substantia quasi ususfructus non est.

Summaria.

In omnium rerum ususfructu cautio ab usufructuario præstanda est. n. 1. & 2.

Quæ cautio à testatore remitti non potest. n. 3.

Interdum remitti ea potest, remissive. n. 4.

Utunque cautio præstari debeat in ususfructu; tamen de substantia eius non est. n. 5. 6. & 7.

Neq; etiam cautio de substantia est ususfructus earum rerum, quæ usu consumuntur. n. 8. 9. 10. 11. 12. 13. & 14.

Objectio, ex §. 2. h. t. n. 15.

Solutio. n. 16. & 17.

Quæ receptissima est sententia. n. 18.

1. **T**Am * in vero quàm in quasi ususfructu cautionem præstare
2. tenetur usufructuarius. Et * quidem in vero ususfructu ta-
3. lem: se re usufructuariâ boni viri arbitrato uti velle. l. usufructu
4. 4. C. d. usufruct. Quæ cautio * in tantum exigitur ab usufructua-
5. rio, ut remitti à testatore non possit. Joh. del Castillo d. usufruct. c.
6. 15. Geil. 2. observat 145. Thesaur. decis. 80. Dantur * tamen casus,
7. in quibus remitti ea potest, quos tradit Geil d. l. n. 12. & seqq. Etiam si
8. * igitur cautio hæc præstari debeat ab usufructuario; tamen de
9. substantia ususfructus non est: si * enim de substantia esset, nullo
10. modo intermitteri ea posset. Proinde * diversa sunt hæc: cautionem
- de substantia esse ususfructus & cautionem exactam præstari debe-
- re: de substantia quidem ususfructus non est cautio, sed tamen ex-
- acta ea præstari debet.
- De * usufructu earum rerum quæ usu consumuntur, cujusmodi
- sunt pecunia numerata, frumentum, vinum, oleum, &c. magis
- controversitur, an de substantia hujus quasi ususfructus sit cautio?
- quod rectius & hîc negatur: per * textum dilucidum in l. hoc Sena-
- tusconsultum §. 1. ff. d. usufruct. ear. rer. quæ usu consumunt. ubi tra-
- dit Ulpianus J.C. quod si pecuniæ ususfructus sit legatus, vel aliarum
- rerum quæ in abusu consistunt, nec cautio intervenient, constante
- usufructu cautio omissa, finito verò usufructu quantitas condici
- possit. Ex * quo textu triplex formari potest argumentum: 1. quod
- durante usufructu cautio: 2. & 3. quod finito eo quantitas condici
- possit.

possit. Si * igitur ante cautionē præstitam durare potuit ususfructus, utiq; & esse potuit, quod enim non est durare non potest. 2. Si * etiam finitus est *in d. l. 5. ususfructus*, omninò consequens, eum ante substituisse: aliàs enim finiri non potuisset. *l. Titio 95. ff. d. condit. & demonstrat. ibi: desisse enim non videtur, quod nec incipit.* 3. Dicitur * *in d. l. 5.* quòd quantitas finito usufructu condici queat. Atquin * præter quantitatem acceptam & fructus restituendi essent, si non substitisset ususfructus, qui tamen vi textus illius non restituuntur. Ergò verus fuit ususfructus etiam cautione non præstita.

Neque * obstat §. *constituitur 2. h. t.* ubi tradit Justinianus Imperator: utilitatis causâ Senatum censuisse, posse etiam earum rerū quæ usu consumantur usumfructū constitui: ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur. Respondetur * enim: quòd cautio ita de substantia quasi ususfructus habeatur, quatenus consideratur ut initio à Scto per cautionem admissus, per quod aliter introduci non potuit, quàm ut simul proprietario caveretur, idque est quod dicitur *in l. sed de pecunia 2. ff. d. usufruct. ear. rer. quæ us. consum.* remedio cautionis introducto cœpisse quasi usumfructum haberi: & * *in d. §. 2.* Senatum hunc quasi usumfructum per cautionem constituisse. Azo *in summ. Codic. d. usufruct. n. 21. versic. dicunt & c.* Accurs. *in l. 1. ff. d. usufruct. ear. rer. & c. in verb. utendi.* Bald. *in l. 2. ad fin. C. commun. d. legat.* Alexand. *d. Imol. consil. 120. vol. 6. ubi n. 5.* sententiam * hanc receptissimam dicit: quorumcunq; bonorum usufructuarium ante cautionem non petitam fructus suos facere. Joh. Fab. *ad rubric. h. t. n. 2.* Port. *ibid.* Joh. del Castillo *d. usufruct. c. 16.* Pinell. *ad l. 2. C. d. bon. matern. p. 2. n. 78. & seqq.* Cavalcan. *d. usufruct. mul. relict. n. 89.* Fachin. *controvers. jur. libr. 8. c. 43.* Giphani. *in comment. ad §. 2. h. t.* Bachov. *p. 1. disput. 16. th. 5. lit. E.*

Controversia III.

Quasi ususfructus conventionibus inter vivos constitui potest.

Summaria.

Fundamenta huius sententiæ. n. 1. & 2.

Obiectio. n. 3.

Solutio. n. 4.

Alia obiectio. n. 5.

Solutio. 6.

1. **N**ulla * sufficiens dari potest ratio, quare legato duntaxat con-
 2. stitui queat quasi usufructus. Imò * rationis identitas ur-
 get, conventionibus inter vivos quoque rectè eum constitui.

3. Neque * obstat: hâc ratione differentiam inter mutuum &
 4. quasi usumfructum non videri. Respondemus * namq; per inficia-
 tionem: mutuum enim quocunque tempore repeti potest; at æ-
 stimatio rei fructuaria non nisi fructuario mortuo, aut capite
 minuto.

5. Non * obstat etiam: quòd in jure nostro passim legati quasi
 6. usufructus fiat mentio: siquidem * fit hoc exempli loco, & ad
 viventium quoque conventiones benè produci potest arg. l. nam ut
 ait 13. & l. seq. 14. ff. d. legib. D. Harppr. ad §. constituitur 2. h. t. n. 6. &
 seqq. Bachov. p. 1. disput. 16. th. 2. lit. 1. Besold. delibat. 12. ex libr. 7. pan-
 dect. D. Rümlin. ad pandect. p. 2. disput. 6. th. 16. & exercit. 6. ad instit.
 th. 14. Anton. Matth. ad d. §. 2. p. m. 106. Aurumæ. exercitat. 5. th.
 17. lit. B.

Controversia IV.

Vestimentorum verus usufructus est.

Summaria.

Quòd vestimentorum verus esse possit usufructus, probatur. n. 1. & 2.

Obiectio ex §. constituitur 2. h. t. n. 3. & 4.

Solutio. n. 5. & 6.

Secundùm hanc sententiam judicatum est. n. 7.

1. **D**E eo quoque controvertitur: An vestimentorum verus, an
 2. quasi sit usufructus. Quòd * verus eorū sit usufructus; pro-
 bat l. sed si 15. §. & si 4. & §. seq. ff. h. t. ubi respondit Ulpianus J. C. quòd
 si vestimentorum usufructus legatus sit; non sicut quantitatis u-
 3. usufructus legetur. Quod * & confirmat l. si usufructus 9. §. si vesti
 4. pen. ff. usufruct. quemad. cav. ubi respondit idem Ulpianus: si vestis
 usufructus legatus sit, eam finito usufructu reddi, neque obligari
 usufructuarium, si eam sine dolo malo attritam reddiderit.

5. Cui * contrariari videtur §. constituitur 2. h. t. ubi ait Justinia-
 nus Imperator: quòdān illis rebus quæ usu consumuntur usufru-
 ctus non constituatur. Atquin * ex earū rerum numero quoq; sunt
 vestimenta, sicut ibi subjicitur. Respondemus * hîc distinguendo
 inter

inter vestimenta quotidiana & non quotidiana, qualia sunt scenica, lugubria & similia: ista * verum recipiunt usumfructum; d. l. 15. & d. l. 9. illa verò quasi usumfructum tantum admittunt. h. §. 2.

Sicque * judicatum esse, testatur Anton. Thesaurus decis. 80. Besold. delib. 13. ex libr. 7. pandect. Harppr. ad pr. h. t. n. 25. & 26. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 10. c. 4. sub lit. D. Arumæ. exercit. 5. th. 18. D. Rümlin. p. 2. disput. 5. th. 5. lit. D. & E.

Controversia V.

Per ingressum in Monasterium ususfructus non extinguitur.

Summaria.

Elegans hæc est controversia. n. 1.

Negativa ejus sententia stabilitur. n. 2. 3. 4. 5. & 6.

Ususfructus tam diu manet penes Monasterium, quam diu vivit ingressus. n. 7.

Obiectio. n. 8. 9. 10. 11. & 12.

Solutio. n. 13. 14. 15. 16. 17. 18. & 19.

Quæ sententia communiter à Dd. comprobata est. n. 20.

NON * inelegans hæc est controversia, an, si quis ususfructum habeat, postea verò Monasterium ingrediatur, amittat ususfructum, ita ut ad proprietatem suam revertatur & cum ea consolidetur? In * qua certè controversia negativè erit decidendum & statuendum: ususfructus hoc casu minimè extinguatur. Nam * certi sunt in jure nostro traditi modi, quibus amittitur ususfructus; t. t. ff. quib. mod. usufr. amitt. inter quos ingressum in Monasteriū non deprehendimus. Ergò * nec nobis licitum erit, citrà expressam legis constitutionem ejusmodi juris privationem inducere: siquidem erubescimus sine lege loqui. Novell. 18. d. semiss. & trient. Cujus * sententiæ quoque manifesta hæc adducitur ratio: quòd is, qui Monasterium ingreditur, se suaque omnia Deo dedicet. auth. ingressi C. d. SS. Eccles. Ergò * etiam ususfructus, quem habet, Deo dedicat & sic per consequens in Monasterium secum adfert. arg l. si legatum 4. ff. quibus mod. usufruct. amitt. ubi ususfructus magis fideicommissarii, quam legatarii personam perire dicitur. Manet * autem

hic ususfructus tam diu penes Monasterium, quàm diu vivit ingressus: veluti tradit Cyn. in l. pen. C. d. ususfruct.

8. Cui * opinioni nostræ objici potest: quòd ususfructuarius Mo-
9. nasterium ingrediendo civiliter mori videatur; mors * autem civili quò ad ususfructus amissionem naturali morti æquiparetur. L. corruptionem 16. C. d. ususfruct. §. finitur 3. b. t. ubi ususfructuarius morte & maximâ & mediâ capitis diminutione ususfructum amittere dicitur. Quòd * etiam maxima & media capitis diminutio mors sit quædam civilis, colligitur ex l. Gallus 29. §. & quid si tantum 5. ff. d. lib. ex posthum. hered. instit. l. intercidit 59. §. fin. ff. d. condit. & demonstrat. §. cum autem 1. instit. quib. mod. patr. potest. solv. Et
10. * quòd assumptio status Monachalis mortem civilem inducat; ostendi quoque potest autoritate legis Deo nobis 56. in pr. C. d. Episc. & cleric. ubi Monachi servitio Dei addicti & seculo hujus mundi renunciare dicuntur. Ex * quibus omninò sequi videtur: quòd sicut
11. morte naturali extinguatur ususfructus & ad proprietatem revertitur; ita etiam morte civili extinguatur, ad proprietatem revertatur & cum ea consolidetur.
12. Verùm * licet fundamentum hoc, quod pro contraria sententia in medium profertur, aliquam speciem præ se ferre videatur;
13. tamen non adeò difficile erit ad illud respondere. Quamvis * enim ingressus in Monasterium & assumptio status Monachalis similis aliquo modo sit morti civili; tamen neque maximam neque
14. mediam inducit capitis diminutionem: per * maximam namque capitis diminutionem libertas & civitas, per mediam verò civitas amittitur. §. 1. instit. d. caput. diminut. Atquin * Monachus neque libertatem neque civitatem amittit, sed jura civitatis tanquam libera persona retinet: per text. d. l. Deo nobis 56. §. hoc etiam cognitum 1. ubi expressè dispositum: ut Monachi jura successionis ab intestato habere & parentes iis quartam sive legitimam
15. in testamentis suis relinquere debeant. Ex * quo consequitur: Monachos per ingressum in Monasterium non amittere ea quæ juris sunt civilis, sed ea retinere: cum jura illa successionis & testamentorum quæ retinent in d. l. 56. absque dubio juris sint civilis.
16. Rectius * igitur illis comparantur Monachi, non qui maximam vel mediam, sed qui minimam patiuntur capitis diminutionem, quæ in familiæ & potestatis mutatione consistit: nam Monachi à
17. Mona-

Monasterio tanquam filii quasi adoptantur: & * Abbatis potestati minimè ut servi, sed ut fratres minores subijci videntur.

Quam * sententiam defendunt Gloss. & Dd. communiter in *auth. idem est. C. d. bon. quæ liber. Dec. consil. 257. per tot. Bartol. & Salycet. in auth. ingressi C. d. SS. Eccles. Covarruv. c. 2. n. 8. d. testament. Pinell. ad tit. C. d. bon. matern. p. 1. n. 47. & seqq. Joh. Gutierrez canon. q. libr. 2. c. 1. n. 98. D. Halbritter. in prælect. suis ad l. si patri 3. C. h. t. Bachov. p. 1. disp. 16. th. 14. lit. I. p. m. 65 L.*

Controversia VI.

Patre verò in bonis Filiifamiliâs usumfructum habente & Monasterium ingrediente extinguatur ususfructus, & ad proprietarium revertitur.

Summaria.

Iucunda hæc est controversia. n. 1.

Autoris primum argumentum pro adstruenda sententia sua n. 2, 3, 4, 5. & 6.

Secundum ejus argumentum. n. 7, 8, 9, 10. & 11.

Tertium argumentum. n. 12, 13, 14. & 15.

Dissentientium primum argumentum n. 16, 17. & 18.

Responsio. n. 19. usq. ad n. 28. inclus.

Secundum argumentum. n. 29, 30. & 31.

Responsio. n. 32, 33. & 34.

Tertium Argumentum. n. 35. & 36.

Responsio n. 37. usq. ad n. 42. inclus.

Dissentientium responsio ad 1. Autoris argumentum. n. 43.

Responsionis refutatio. n. 44. & seqq.

NON * injucunda quoque hæc est controversia, quid statuendum sit de casu patris, in bonis filii familiâs usumfructum habentis & Monasterium ingredientis, an extinguatur ususfructus & ad filium familiâs tanquam proprietarium revertatur; an verò cum patre ad Monasterium transeat? Quod * minùs verò hîc idem quod in præcedenti controversia statuamus, sequentia nos moverunt fundamenta. 1. Quòd ususfructus in bonis adventitiis filii familiâs Patri ratione patriæ potestatis competat. l. cum oportet 6. C. d.

bon. quæ liber. ubi ait Justinianus Imperator: quod ususfructus in bonis filii familiæ adventitiis penes patrem, vel avum, vel proavum manere debeat, in quorum potestate constitutus sit. Ergo * quando nec in patris, nec in avi, vel proavi potestate constitutus est filius familiæ, nec ususfructus ad illos pertinebit. Atquin * patre Monasterium ingrediente extinguitur patria potestas: siquidem Pater Monasterium ingrediens Abbatis potestati omninò subicitur. c. cum ad monasterium 6. x. d. stat. monach. c. ult. d. sepult. in 6. c. non dicatis 11. caus. 12. q. 1. cui * etiam obedientiam juratò promittere cogitur. Accurs. & Bartol. in Novell. 5. Bald. in l. maritus 7. C. d. patr. potest. Jason. in l. patre à furioso 8. ff. d. his qui sunt sui vel alien. jur. Cum * igitur per ingressum in Monasterium tollatur patria potestas, etiam effectus Patriæ potestatis tolluntur: siquidem cessante causâ & ipse effectus cessant l. adigere 6. §. quamvis 2. ff. d. jur. patronat. c. cum cessante x. d. appellat. Nicol. Everhard. in argum. legal. in loc. ab effect. 22. p. m. 169. Et * sic per consequentiam ususfructus, quem habet pater in bonis filii familiæ, extinguitur & ad proprietarium revertitur.

2. Pro * sententia hac nostra pugnat: quod Patri ususfructus in bonis adventitiis filii hac conditione datus sit, ut curam, custodiam & administrationem bonorum adventitiorum habeat: ut sic ususfructus hic patri competens quodammodò præmium curæ & laboris, quem pater in administrandis bonis adventitiis filii sustinet, esse debeat. arg. d. l. cum oportet 6. §. non autem & seqq. C. d. bon. quæ liber. At * verò pater qui assumpto Religionis habitu Monasterium ingressus est non potest præstare curam & custodiam bonorum adventitiorum filii neque administratoris officio fungi: Monachus * namque ab omnibus secularibus negotiis remotus & solummodò Sacris intentus esse debet. d. l. Deo nobis 56. C. d. Episc. & cleric. Quamobrem * cum pater Monasterium ingrediens modum, ob quem ei datus est ususfructus, adimplere non possit; consequitur patri adimendum esse usumfructum & ad filium tanquam proprietarium transferendum. Quandocunque * enim modus, ob quem aliquid datum est non potest adimpleri ab eo, cui datum est, adimitur ei cui datum est. l. 2. C. d. his quæ sub modo l. si hæres. 11. ff. d. condict. caus. dat. l. liberto 21. §. Lucius 3. ff. d. ann. legat.

3. Pro * eadem sententia facit illa ratio: quod patre Monasterium

rium ingrediente filio statim & vivente adhuc patre legitima sit assignanda : veluti se habet communis Dd. opinio , quos longâ serie retulit Covarruv. *d. testament. n. 2.* & Gutierrez *canonic. quæst. libr. 2. c. 1. n. 78.* Ergò * ingressus Monasterii facit , ut perinde habendus sit pater , ac si naturaliter mortuus fuisset : quippe * nam filio non debetur legitima in bonis patris , nisi patre per mortem extincto. *l. cum quaritur 6. C. d. d. inofficios. testament.* Eodem * igitur jure dicendum est : quòd factâ professione per patrem ususfructus statim extingui & ad filium tanquam proprietarium reverti debeat.

Cui * sententiæ nostræ Dissidentes pro stabilienda opinione sua objiciunt 1. quòd regula sit , per ingressum in Monasterium non amitti ususfructum , quæ regula fundata sit in *authent. ingressi C. d. SS. Eccles* & in præcedenti controversia deductum fuit. Ergò * huic regulæ inhærendum esse dicunt tamdiu , donec exceptio probetur : *c. ad decimas x. d. restit. spoliat.* qui * enim regulam pro se habeat , eum jus certum habere. Geil. *d. pignorat. observat. 14. n. 2.* Verùm * argumento huic haud difficulter responderi potest : quòd scil. *d. auth.* non de usufructu , sed de bonis in genere tractet & disponat : ingressos scil. Monasteria ipso ingressu se suaq; dedicare Deo. Cùm * igitur in casu nostro ratio legis cesset ; ipsa quoque ejus dispositio cessabit. Quòd * verò ratio legis hîc cesset , ex antè adductis rationibus nostris omninò constat : non * enim vindicat sibi pater ususfructum in bonis adventitiis filii vel ex successione aliqua , vel ex conventionem , sed ex legis dispositione : cujus * dispositionis ratio est manifesta , nimirum patria potestas , & quòd administrationem bonorum adventitiorum filii habeat pater. Quoniam * igitur , ut suprà sufficienter demonstratum fuit , per ingressum Monasterii tollitur patria potestas , & pater quoq; curam & administrationem bonorum adventitiorum filii amplius habere non possit , & sic ratio legis hîc cesset , ipsa quoq; ejus dispositio cessabit. Itaq; * licet Dissidentes regulam pro se allegent , tamen scire debent , nullam dari regulam , quæ non exceptionem admittat , quam hîc esse ex deductis perspicuum est. Neque * remoramur hîc multum Pinelli replicationem *ad tit. C. d. bon. matern. p. 1. n. 47.* ibi dicentis : hîc non cessare rationem legis : quoniam Monasterium officiales suos habeat , qui diligentius sua tueantur , quàm laici. Huic * enim vicissim reponi potest ; quòd lex melius præsumat de

- parentibus, quàm de ullis aliis extraneis, quòd scil. bona filiorum in commodum eorum fidelius & diligentius sint administraturi: quis * enim sua non curare malit quam aliena? Ideoque non obstante hâc Pinelli replicatione ratio legis adhuc cessat.
29. 2. Objiciunt * adversarii hanc rationem: quòd patris ususfructus in bonis adventitiis fortior sit alio usufructu, quicumque eum habeat. Si * ergò ususfructus quem alius habet, tanquam imbecillior non tollitur per ingressum Monasterii, multò minus ususfructus patri competens in bonis adventitiis filii per religionis habitum à patre assumptum finietur: deductu * argumento à minori ad majus, quod in jure nostro firmissimum esse traditur. Respondemus: * quòd tum videatur fortior esse ususfructus patris in bonis adventitiis filii, quàm alius usufructus, quando ipse pater bona filii administrat iisque utitur & fruitur; quando verò extraneus ea administrare & iis uti frui deberet tum non esset fortior, sed ut alius usufructus. Quando * igitur Monasterii officiales administrarent hunc usumfructum & Monasterium illum haberet, procedere illud non posset. Proinde * nec argumentum à minori ad majus hîc valebit: siquidem in restringibilibus validum non est. Paulus d. Castro consil. 340. Everhard. in loc. legal. in loc. à minori ad majus n. 4. circ. fin.
30. 3. Objiciunt * adversarii: quòd mors ficta, quæ per ingressum Monasterii inducitur, non debeat quòd ad ususfructus amissionem naturali morti comparari: siquidem * mors ista civilis non operatur eosdem effectus, quos naturalis mors operatur: quo casu æquiparatio mortis civilis cum naturali admittenda non sit. Francisc. d. Caldas in l. si curatorem verbo lesis n. 141. C. d. in integr. restit.
31. Respondemus * hîc, totum concedendo argumentum; non idèò tamen habent adversarii quod volunt. Quamvis * enim in præ-
32. senti casu non extinguatur ususfructus, tanquam per maximam, vel mediam capitis diminutionem; tamen per alium modum tollitur: nimirum quia per ingressum Monasterii patria potestas tollitur & pater administrationem bonorum adventitiorum filii non habet amplius, & sic ratio ipsius legis, patri usumfructum in bonis adventitiis filii tribuentis, cessat & deficit. Ergò * & ipsa dispositio legis cessare & ususfructus ad proprietarium reverti debet.
33. 40. Nam * ratio cujuslibet dispositionis restringit dispositionem

sive dictum ad limites ipsius rationis : siquidem ratio anima est legis. Unde * sicut anima dominatur corpori ; ita quoque ratio legis verbis ejus : scire enim leges non hoc est verba earum tenere , sed vim ac potestatem. *l. scire leges 17. ff. d. legibus cum simul.* Quin * lex restrictionem seu interpretationem restrictivam recipit à ratione in lege posita non solum , quando expressa est in lege , sed etiam quando unica tantum conjecturari potest *post Petr. Cyn. Paul. d. Castr. & alios mult.* Everhard. *in loc. arg. legal. loc. à ratione leg. n. 9.* Quæ imprimis vera sunt , ubi cessat ratio finalis legis , ita ut nullæ reliquæ remaneant. Everhard. à Midelburgo. *à cessat. rat. leg. n. 5. circ. fin. p. m. 542.*

Fundamenta * nostra hinc infringere conantur Dissidentibus , ad regulam adductam *cessante causa cessat effectus* , ita respondentes : eam non procedere , quando effectus , qui à certa causa descendit , jam consummatus est : nam post consummationem effectus , etiam si causa cesseret , non tamen cesseret effectus. Atquin * acquisitio ususfructus in bonis adventitiis filii patri competens eo ipso momento , quod filius bona adventitia acquisivit , consummata sit , quo in tempore & quo momento filius bona adventitia acquirit , eodem momento patri ususfructus eorundem bonorum perfectè adquiratur. *d. l. cum oportet 6. C. d. bon. quæ liber.* Ergo * etiam si postea patria potestas , quæ causa fuit acquisitionis ususfructus cesseret ; non tamen desinat ususfructus , semel perfectè acquisitus , apud patrem remanere. Quam * responsionem probant Dissidentibus *ex l. fin. C. ad Sc. Tertulian.* ubi cautum sit : per mortem filii familiæ ususfructum bonorum adventitiorum , quem pater ratione patriæ potestatis habuit , non extinguere ; & tamen certum sit , patriam potestatem morte filii expirare. Verum * nos ad retundendam hanc responsionem vicissim respondemus : eam procedere hinc non posse : licet enim post causam consummatus sit effectus & patri in bonis adventitiis filii acquisitus ususfructus ; tamen non purè consummatus fuit ille effectus ; sed sub tacita legis conditione : quamdiu * nimirum pater in potestate filium suum retinet & bona ejus adventitia fideliter administrat. Atquin * legis conditio formam inducit. Zuchard. *d. miss in poss. n. 10.* Et * conditio non habetur pro impleta , quotiens stat per eum à quo impleri debuit. *l. dedi 3. §. fin. ff. condict. caus. dat. & c. l. si hæres. ff. d. statulib.* Francisc. Viv. *decis. 383.* Moller.

42.

43.

44.

45.

46.

47.

48.

49.

50.

51.

- §2. Moller. Semestr. libr. 4. c. 1. n. 4. Cacharan. decis. pedemont. 138. Quoniam * igitur per patrem stat, quò minùs tacita hæc legis conditio adimpleatur; pro non impleta habetur. Quamvis * etiam in conditione resolutive qualis hæc est, actus ad interim pro puro habeatur & in aliquem eventum suspendatur; tamen conditionis eventu resolvitur & semel factum infectum redditur: quo casu dominium retrò transfertur. Menoch. consil. 383. n. 15. vol. 4. Magon. decis. Florent. Rot. 49. Quæ * cùm ita sint, opposita d. l. fin. C. ad Sct. Tertyl. nobis planè obesse non potest: nimirum quia eo casu quo è vivis excessit filius per Patrem non stat, quò minùs tacita hæc legis conditio adimpleatur; ideoq; etiam usumfructum non amittit sed ad dies vitæ tetinet.
- §4. Quam * opinionem nostram tuentur Cyn. & Salycet. in d. auth. ingressi C. d. SS. Eccles. Riminald. ad §. 1. instit. per quas person. adquir. n. 18. Covarruv. d. testament. c. 2. n. 8. Joh. Gutierrez canonic. quest. libr. 2. c. 1. n. 97 ubi * eam communem dicit. Joh. del Castillo d. usufruct. c. 53. n. 5. & seqq. Bachov. p. 1. disput. 16. th. 14. lit. I. p. m. 651.

De USU & HABITATIONE.

TITULUS V.

Controversia I.

Opera servorum neq; de servitutibus personalibus neq; de realibus sunt; sed jus singulare quoddam.

Summaria.

- Operas servorum de servitutibus personalibus non esse, probatur. n. 1. 2. & 3.
 Quomodo hæc operæ ab usufructu differant. n. 4. & 5.
 Quomodo ab usu differant operæ. n. 6. & 7.
 Operas de servitutibus realibus non esse, probatur. n. 8. & 9.
 Operas servorum jus aliquod singulare esse, adstruitur. n. 10.

Objecti

Objectio ex l. operis 5. ff. d. operis servor. n. 11.

Solutio. n. 12.

Objectio ex l. fructus 4. ff. d. oper. servor. n. 13.

Solutio. n. 14.

Objectio ex l. in hominis ff. d. t. n. 15.

Solutio. n. 16. & 17.

Operas * servorum de servitutibus personalibus non esse, perspicuè probat l. 1. §. si ususfructus 9. versic. sed operis ff. ad L. Falcid. ibi: sed operis servi legatis cum neq. ususfructus in eo legato esse videatur &c. Eandem * opinionem probat quoque l. hominis opera 2. ff. d. ususfruct. legat. Item * l. huic stipulationi 5. §. fin. ff. ususfruct. quemad. cav. Differunt * enim operæ tam ab ususfructu quam ab usu: quòd ususfructus capitis diminutione amittatur; non verò amittantur operæ. l. opera 2. ff. d. oper. servor. Deinde * ususfructus in hæredem non transit; §. item is 3. h. t. at operæ in creditoris hæredem transeunt. l. fin. §. Lucius ff. d. contrah. vendit. d. l. 2. ff. d. usufr. & us. legat. Ab * usu differunt operæ: quòd operis legatis neque usus, neque ususfructus legatus censeatur: d. l. 1. & 2. usus namque & morte usufruarii & non utendo extinguitur; pr. instit. d. us. & habit. at * operæ nec morte, nec non utendo extinguuntur. Anton. Govean. 1. variar. lect. 7.

Porro * neque etiam operæ sunt de servitutibus realibus: cum pro iis vindicandis neque confessoria actio detur neque negatoria. l. in stipulationibus 54. §. 1. ff. d. V. O. Atque * sic de servitutibus planè non sunt. Sunt * igitur servorum operæ jus aliquod singulare, ex personali obligatione debitum, quod operarum nomine indigitatur.

Quibus * objici solet, l. operis 5. ff. d. oper. servor. in qua respondet Ulpianus: operis servi legatis, ususfructū intelligi. Respondetur: * jus hoc operarum in d. l. 5. impropriè usum vocari, & usum ibi pro jure servis utendi, ex personali obligatione non ex servitute competente, accipi.

Objicitur * etiam l. fructus 4. ff. d. oper. servor. in qua dicitur: fructus hominis in operis consistere, retro in fructu hominis operas esse. Respondetur * negando consequentiam: exinde enim non sequitur, servi operas & ususfructum servi unum & idem esse. Nam & ususfructus in fructibus consistit, & tamen fructus ususfructus non est.

15. Denique * obijcitur, *l. in hominis 3. ff. d. oper. servor.* ubi asse-
 16. rit Gajus J.C. in hominis usufructu operas esse. Negatur * & hinc
 17. consequentia: licet enim operæ in usufructu sint hominis; non ta-
 men sequitur, operas & usumfructum unum & idem esse. Nam *
 plus est usumfructum hominis habere, quam operas hominis: qui
 enim usumfructum hominis habet, is & multa alia præter operas
 habet. Coras. *ad rubric. ff. d. servit. n. 27.* Hunn. *variæ. resolut. libr. 2.*
tract. 2. q. 18. Forster. *disput. 8. th. 10.*

Controversia II.

Habitatio servitus non est.

Summaria.

Quæ sententia probatur. n. 1. & 2.

Obiectio. n. 3.

Solutio. n. 4.

In quibus conveniat inprimis habitatio cum usu & usufructu. n. 5. & 6.

In quibus hæc differant inter se, remissivè. n. 7.

Quæ sententia nostra ab aliis quoque Interpretibus defenditur. n. 8.

1. Idè * habitatio servitus esse non videtur: quod recensitis in *l. 1. ff. d. servit.* servitutibus personalibus, usufructu scil. & usu, habita-
 2. tio omittatur, & neque usus sit neque usufructus, sed quasi pro-
 prium aliquod jus. §. *sed si cui 5. h. t.* Et * deinde pro servitutibus vin-
 dicandis vel negandis actio confessoria datur & negatoria. §. *æque*
2. instit. d. action. Atquin pro habitatione commodati actio datur,
l. 1. §. 1. ff. commodat. vel præscriptis verbis actio. *l. si gratuitam 17. pr.*
ff. de præscript. verb.
 3. Neque * obstat: quod tam in Digestis quàm in Institutio-
 nibus inter servitutes personales de habitatione tractetur. Non
 4. * enim fit hoc ibi, quasi habitatio servitus sit; sed quia magnam
 cum servitutibus personalibus convenientiam habet & affinita-
 5. tem. Nam * sicut usufructuarius & usuarius satisdare tenentur,
 se usuros fructuosos boni viri arbitrati; ita etiam habitator. *l. 1. &*
l. huic stipulationi 5. §. 1. ff. usufruct. quemadm. caveat. Mynsing. *hic*
 6. *n. 1. & 6.* Schneidevvin. *n. 1. & 2.* & Harppr. *ibid. n. 3.* Et * sicut u-
 sus & usufructus non transeunt in hæredes; ita nec habitatio in
 eosdem transit. *l. si habitatio 10. pr. vers. ad heredem ff. h. t. l. ambigui-*
tatem

tatem 12. in fin. C. d. usufruct. & habit. In * quibus aliâs convenient inter se usus, usufructus & habitatio, & in quibus differant; *Vid.* Dd. ad d. §. 5. Christoph. Port. Joh. Fabr. Schneidevvin. Mynsing. & alios.

Cæterum * hanc sententiam nostram defendunt Francisc. Hotomann. ad d. §. fin. h. t. & 3. observat. 23. W esenbec. ibid. n. 2. Hunn. variar. resolut. 2. tract. 2. q. 19. Forster. disput. 8. th. 12.

De
USUCAPIONIBUS ET
longi temporis præscriptio-
nibus.

TITULUS. VI

Controversia I.

Usucapio à præscriptione non differt.

Summaria.

Quid jure veteri usucapio fuerit. n. 1.

Quid præscriptio. n. 2.

Quid hodiè sit usucapio & præscriptio. n. 3. & 4.

Jure * veteri usucapio erat rerum mobilium & immobilium corporalium, quæ Italici soli & etiam mobilium quæ Provincialis soli erant.

Præscriptio * verò erat rerum incorporalium & immobilium soli provincialis, quæ nec mancipi erant, & ad possessorem pleno jure non transibant. *Vid.* l. servitus 43. §. 1. ff. d. acquir. rer. domin. l. usucapionem 9. ff. d. usurpat. & usucap. l. si aliena 10. l. sequitur 4. §. ult. eod. tit. l. servitutes præd. ff. d. servit. l. servus 43. §. incorporales 1. ff. d. acquir. rer. domin. l. si quis diuturno 10. ff. si servit. vindic. l. inde etiam 13. §. hoc autem 13. l. apparet 5. §. si quis servitutem. 3. ff. d. itin. act. privat.

X x 2

§. per

§. per traditionem versic. itaq; instit. d. R. D. pr. h. t. & l. unic. C. d. usucap. transform.

Verum * hodie sublatâ rerum Italicarum & Provincialium differentiâ inter usucapionem & præscriptionem nulla amplius apparet differentia. Et * tam res Provinciales quàm Italicæ, tam incorporales quàm corporales longo tempore usucapiuntur, vel præscribuntur. d. pr. & d. l. unia.

Controversia II.

Usucapio sive præscriptio æquitati Naturali contraria non est.

Summaria.

Fundamenta huius sententiæ. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Obiectio ex Novell. 9. n. 7.

Solutio. n. 8. & 9.

Obiectio ex l. id quod nostrum 11. ff. d. R. I. n. 10.

Solutio. n. 11. 12. & 13.

UT * aliâs publica præferenda sunt privatis; l. utilitas publica 3. C. d. primipil. ita quoque in usucapionis materia: cum * usucapio publico bono introducta sit. l. 1. ff. h. t. Ratio * autem huius boni publici hæc est: ne dominia rerum in incerto sint, quæ sanè incertitudo præter aliâ incommoda agrorum etiam culturam & curam impediret, magno cum Reipublicæ detrimento. Et * interest etiam, ut aliquis litium sit finis §. 1. h. t. & l. 1. ff. eod. Hæc * cum convenient æquitati Naturali, sequitur quòd usucapio æquitati naturali minimè contraria sed ei potiùs conveniens sit. Accedit: * quòd dominus & possessor de damno vitando certent; æquius igitur est, indemnem servari possessorem, qui culpæ exsors, quàm dominum, qui culpæ reus est. Georg. Obrecht. disput. 26. th. 345. & seqq. Meritò * etiam iusti possessoris, qui inscius fortè emit, major sit favor, quàm dissoluti domini, qui tanto temporis spacio possessionem intermisit. Francisc. Connan. 3. comment. 11. n. 1.

Quibus * minimè obstat Novell. 9. in qua usucapio impium iniquorum hominum præsidium vocatur. Etenim * d. Novell. de longissimi temporis præscriptione loquitur, quæ bonam fidem non requirit. Quæ * sanè præscriptio in thesi omninò iniqua videri possit; at in hypothese quatenus boni publici consideratur ratio &

nimia

nimia domini negligentia æquum videtur esse præsidium, nimirum respectu Reipublicæ, non malæ fidei possessoris.

Non * obstat quoque illa juris Regula: quòd id quo nostrum sine facto nostro ad alium transferri non possit. *l. 11. ff. d. R. I.* Respondetur * enim imò facto ipsius domini rem per usucapionem amitti, qui eam intra præstitutum tempus perquirere neglexit. Sæpe * igitur negligentia & desidia imputare debet dominus, quòd rem suam ita amiserit: damnum enim, quod quis suâ culpâ sentit, sentire non videtur. *l. quod quis culpa 203. ff. d. R. I.*

Controversia III.

Usucapio est adjectio domini.

Summaria.

Definitio usucapionis à Modestino IC. *in l. usucapio 3. ff. h. t. tradita. n. 1.*

Definitio ejus ab Ulpiano IC. *in fragment. tit. 9. tradita. n. 2.*

Quidam Interpretum *in d. l. 3. pro Adjectio* malè legunt *Adeptio. n. 3. 4. 5. 6. & 7.*

Usucapionem * definit Modestinus IC. *in l. usucapio 3. ff. h. t.* quòd sit adjectio domini; Ulpianus * verò *in fragment. tit. 19.* quòd sit adeptio domini. Unde * quidam ex Interpretibus *in d. l. 3.* legere malunt *Adeptio*, atque adeò Modestinum ex Ulpiano emendandum esse contendunt, è quorum numero etiam est Hotomanus *ad h. t. enunciat. 1.* Verum * tutius est vulgarem & receptiorem *in d. l. 3.* retinere lectionem. Interim * tamen utrumq; verum est, siue legatur *in d. l. 3. adjectio* siue *adeptio*. Etenim * quâ ratione res per usucapionem aliis rebus possessoris adjicitur & sic patrimonium ejus augetur, eâ *adjectio* rectè dicitur usucapio. Quâ * ratione autem rei dominium per usucapionem acquirit possessor, quod antè non habuit, eâ usucapio *adeptio* dici potest.

Controversia IV.

Usucapione plenum siue directum dominium acquiritur.

Summaria.

Distinguitur hîc inter jus antiquum & novum. *n. 1.*

Jure antiquo, quod fuit ante compositionem juris voluminum, per usucapionem plenum tribuebatur dominium. *n. 2.*

Præscriptione verò, quæ erat rerum incorporalium & immobilium soli Provincialis, utile dominium tantum. n. 3. & 4.

Hodie usucapione sive præscriptione directum & plenum dominium acquiritur. n. 5.

Idem obtinet in longissimi temporis præscriptione. n. 6.

Limitatio hujus. n. 7.

1. **I**N * controversia hac distinguendum est inter Jus antiquum & novum, id est inter illud jus, quod ante compositionem juris voluminum obtinebat, & illud jus, quod postea obtinuit & adhuc hodie obtinet. Jure * antiquo usucapione directum sive plenum tribuebatur dominium. l. usucapio 3. ff. h. t. ubi usucapio adjectio domini dicitur. l. adquiruntur 10. §. non solum 2. ff. d. adquir. rer. domin. nec utilem 20. ff. ex quib. caus. major. l. 1. §. fin. ff. d. publician. in rem act. l. Iulianus 17. circ. fin. ff. d. R. V. ubi possessor, qui usucapit, plenum jus habere dicitur. Donell. libr. 5. comment. 29. ibiq. Hillig.

3. Verum * præscriptione, quæ erat rerum incorporalium & immobilium soli Provincialis, utile dominium tantum adquirebatur: ex * quo possidenti exceptio, & amissa possessione utilis dabatur actio. l. si quis diuturno 10. ff. si servit. vindicet. l. 1. §. fin. ff. d. aq. plur. arcend. l. pen. C. d. præscript. long. temp. l. pen. C. d. præscript. 30. vel 40. ann.

5. Jure * autem novo per sanctionem Justiniani Imperatoris confuso usucapionis jure & præscriptionis; dominium directum & plenum hodie per usucapionem sive præscriptionem indistinctè acquiritur. §. per traditionem 40. instit. d. R. D. pr. h. t. l. ult. C. d. præscript. long. temp. l. unic. C. d. nud. jur. Quirit. tollend. l. unic. C. d. usucap. transform. Bachov. p. 2. disput. 22. th. ult. lit. B.

6. Idemque * etiam in longissimi temporis præscriptione constitutum reperitur: nisi * tamen malâ fide cœpta fuerit usucapio: ex qua exceptionem solum concessit Justinianus, non etiam amissa possessione actionem. l. si quis 8. §. 1. C. d. præscript. 30. vel 40. annor.

Controversia V.

Adversus præscriptionem in integrum restitutio ex capite ignorantia non datur.

Summaria.

Præscriptio adversus ignorantes ipso jure currit. n. 1.

Sed an in integrum restitutio ex capite ignorantie detur, controversum est. n. 2.

Negativa sententia contra communem Dd. opinionem defenditur. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

Obiectio. n. 12.

Solutio. n. 13. & 14.

Alia obiectio. n. 15.

Solutio. n. 16. & 17.

DE * hoc quidem nullum videtur esse dubium, præscriptionem etiam adversus ignorantem ipso jure currere; Francisc. Balb. d. præscript. 4. part. 4. pr. q. 28. p. m. 307. & seq. de * eo vero majus est dubium, an in integrum hic detur restitutio, ex justa & probabili ignorantie causa: in qua certè controversia magni nominis Jcc. valdè discordes sunt. Quamvis * autem communis Dd. Schola & ipse etiam Bartolus in l. 1. §. si quis propter 9. ff. d. itin. act. privat. aliiq; quos magno numero congeffit Dn. D. Harpprecht. ad. §. fin. h. t. n. 14. affirmativam controversie hujus tueantur sententiam; tamen nos contra tam aperta & manifesta jura adstipulari ei non possumus. Nam * in integrum restitutionem adversus præscriptionem omninò non dari, sive injusta sive justa & probabilis allegetur causa; apertissimis juris textibus confirmatur. l. fin. C. d. præscript. long. temp. ibi: nullà ignorantia vel scientia expectanda. l. sicut 3. C. d. præscript. 30. vel 40. annor. ubi contra præscribentem omnis negatur defensio. Novell. 119. c. ultra hac. ubi post 30. annos petitor excluditur. c. aures d. præscript. ubi quadragenalis præscriptio omnem excludit actionem c. volumus 16. q. 4. ubi post 40. annos quies præstatur inconcussa. l. ult. C. d. fund. patrimon. ubi post 40. annos jubentur possessores nullam molestiam aut inquietudinem formidare. l. omnes 4. C. d. præscript. 30. vel 40. annor. Quæ * certè leges de vento servirent nobis, si in integrum hic concederetur restitutio. Etenim * plenissimæ munitiōi, securitati & quieti inconcussæ, cessationique omnis molestiæ & inquietudinis è diametro contrarium est inquietari, quod fit petita in integrum restitutione. Quæ * ratione etiam totum usucapionum & præscriptionum jus everteretur, contra causam impulsivam & inductivam, quæ est bonum publicum, ut aliquis litium sit. finis & rerum dominia in incerto non sint l. 1. ff. d. usucap. Rarissime

8. simè * enim præscriptionibus locus daretur : cùm ex Dd. sententia ignorantia regulariter præsumatur, & ideò possessor antiqui domini scientiam docere necesse haberet. Quibus * accedit quoque hæc ratio : qui re suâ defraudatur, qui possessione suâ cadit, qui excluditur, qui regressum non habet, qui miser est; is certè in integrum restitutionis beneficio non gaudet : nemo * enim exclusus dicitur, cui Prætor in integrum restitutionem pollicetur. *l. nemo videtur s. ff. d. in integr. restit.* Atquin * completâ usucapione possessione suâ cadere dicuntur domini priores, dicuntur miseri, rebus suis defraudari, excludi, non habere regressum. *pr. h. t. l. unic. d. transform. usucap.*
9. Neq; * obstat : quòd absentibus Reipublicæ causâ hîc succurratur, per in integrum restitutionem, nec eis noceat præscriptio. *l. i. ff. ex quib. caus. major.* Etenim * ad hoc responderi potest : absentem Reipublicæ causâ non solum ignorantem esse, sed etiam absentem : ideoq; restitui is potest non tanquam ignorans, sed tanquam absens, & quidem tanquam justissimam absentia suæ causam habens. Ergò * hoc ad alios ignorantes minimè erit extendendum.
10. Neq; * obstat etiam generalis clausula illa Prætoris, *si qua alia mihi justa causa esse videbitur in integrum restituiam*, in d. l. i. in fin. ignorantia * namque non est justa causa in hac præscriptionis materia : quippe quam leges improbant & injustam esse præsumunt, sub quocunque etiam prætextu veletur. in d. l. fin. C. d. præscript. long. temp. ubi nulla ignorantia expectanda est. Quæ * præsumptio est juris & de jure, probationem contrarii non admittens. Atquin
11. * Prætor tum demum restitutionem ex generali clausula, *si qua alia mihi justa causa videtur*, pollicetur, quòd ad ejus per leges, plebis citta, senatus consulta, edicta, decreta Principum licebit. Sicut in d. l. i. subjicitur. Bald. in l. i. in 24. opposit. C. qui admitt. ad bon. poss. & c. Felin. in c. vigilantibus d. præscript. Francisc. d. Aretin. consi. 104. Pinell. in auth. nisi tricennale C. d. bon. matern. p. 2. n. 58. Covarruv. in c. possessor male fidei 2. part. 3. relect. §. 3. n. 2. versic. imò in integr. restit. Wefenbec. in w. ff. ex quib. caus. major. & Hartmann. Pistor. part. 2. quæst. 12. n. 40. & seqq. Berlich. practicab. conclus. 10 n. 8. p. 2. D. Harppr. ad §. fin. h. t. n. 14. & seqq. Hunn. in resolut. ad Treutler. p. 1. disput. 11. tb. 17. lit. A. & Bachov. ibidem lit. A. Fachinæ. l. controvers. jur. c. 69. Arumæ. exercit. 6. tb. 10.

Controversia VI.

Partus ancillæ furtivæ conceptus & editus apud bonæ fidei possessorem usucapi potest.

Summaria.

Præsens controversia subtilis & difficilis est. n. 1.

Quid Marcellus IC, in l. si aliena 10. §. Scævola 2. ff. h. t. de ea senserit. n. 2.

Quæ Scævola de ea sententia fuerit. n. 3.

Ulpianus in d. l. 10. non Marcelli sed Scævola sententiam approbat. n. 4.

& 5.

Cum Ulpiano consentit Paulus IC. in l. sequitur 4. §. hæres 15. ff. h. t. & Iulianus IC. in l. qua ob perfectionem 9. §. l. seq. pro. empt. n. 6. & 7.

Objectio ex d. l. 4. §. de illo ff. h. t. n. 8.

Solutio. n. 9. 10. 11. & 12.

Limitatio hujus sententiæ. n. 13.

Objectio. n. 14.

Solutio. n. 15.

Limitationis ampliatio. n. 16. 17. & 18.

Objectio ex d. l. 4. §. 19. n. 19. & 20.

Solutio. n. 21. & 22.

Subtilis * & difficilis hæc est controversia, quam alii aliter expediunt. Planè * Marcellus IC. in l. si aliena 10. §. Scævola 1. ff. h. t. opinatur: partum ancillæ furtivæ apud furem, vel ejus hæredem conceptum & editum usucapi non posse. A * Marcello autem dissentit Scævola, in d. l. 10. partum idèò usucapi existimans: quòd rei furtivæ pars non sit; aliàs enim nec apud bonæ fidei possessorem conceptus & editus usucapi possit. Quam * Marcelli sententiam minimè approbat Ulpianus, in d. l. 10. sed Scævola, idque exinde constat: quoniam idem Ulpianus in l. qui vas 48. §. ancilla 5. ff. d. furt. partum ancillæ furtivæ aliter usucapi non posse contendit, nisi apud bonæ fidei possessorem & conceptus & editus fuerit. Item * colligitur hoc ex l. si ego 11. §. hæres 2. ff. d. publician. in rem act. ubi Ulpianus IC. bonæ fidei emptori pro partu consequendo apud eum concepto, publicianam actionem concedit; sed hæredi furis eandem denegat. Quod * facit etiam Paulus IC. in l. sequitur 4. §. hæres 15. ff. h. t. Sed * & Ulpiano adstipulatur Julianus IC. in l. pen. ff. d. stat. homin. & in l. qui ob perfectionem 9. §. l. seq. 10. ff. pro empt.

Quibus * textibus imprimis d. l. 9. & 10. valdè contradi-

1.
2.
3.
4.
5.
6.
7.
8.

- cere videtur *d. l. sequitur 4. §. de illo 16. ff. h. t.* ubi quærit Paulus: quod si servus meus ancillam, quam surripuit, pro libertate suâ mihi dederit; an partum apud me conceptum usucapere possim: & respondet Paulus, secutus Sabini & Cassii sententiam, usucapionem non procedere, ex ratione: quod possessio, quam servus vitiosè nactus sit, domino noceat. Verùm * nos respondemus huic textui: quod in *d. §. 16.* apud furem conceptus fuerit partus, antequam à domino ancilla acciperetur. Verba * enim *d. §. 16. apud me* hunc habent sensum, ac si dixisset JC. *domi. meæ. cum servus ancillam apud me adhuc teneret*: ut adeò partus apud servum tanquam furem, cum esset apud dominum, conceptus sit. Quam * interpretationem omninò suadet ratio Pauli in *d. §. 16.* subjecta: quod scil. possessio, quam servus vitiosè nactus est, domino noceat. Atquin * partus possessionem non fuisset nactus servus, nisi etiam apud eum conceptus fuisset.
13. Planè * si resciverit bonæ fidei possessor, ancillam furtivam esse, antequam editus fuerit partus, usucapio non procedit. *d. l. sequitur 4. §. si antequam 18.* Cui * obijcitur *l. justo errore 44. §. etsi 2. vers. veluti ff. h. t.* ubi respondit Papinianus JC. quod, etsi possessionis non contractus initium, quod ad usucapionem, inspiciatur; interdum tamen eveniat, ut non initium præsentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quæ bonam fidem habuit, inspiciamus. Quod exemplo partus ejus mulieris, quam bona fide quis cœpit possidere, declarat ibi JC. non enim ideò minus usucapiatur puer, quod alienam matrem, priusquam eniteretur, esse cognovit. Respondendum * hîc erit cum Accursio in *d. l. 11. §. 2. ff. d. publician. in rem act.* distinguendo inter ancillam furtivam & alienam: de ista agitur in *d. l. 44.* de illa verò in *d. l. 4. §. 18.*
16. Quamvis * etiam intra usucapionis demum tempus resciverit
 17. bonæ fidei possessor; tamen non usucapiet. *l. pen. ff. pro suo.* Nam * an-
 18. te scientiam pro suo duntaxat possidet bonæ fidei possessor: cum * non partum sed matrem emerit, neque emptionis tempore conceptus fuerit partus. Post supervenientem autem scientiam non amplius pro suo, sed clam possidere incipit. Ergò non usucapiet. *d. l. pen.* Cui * vicissim non obstat *d. l. 4. §. 18.* Interest * enim rursus, an intra usucapionis tempus furtivam esse ancillam sciverit bonæ fidei possessor;

possessor; an verò alienam. Isto * casu usucapiet, non autem illo.
*d. l. pen. Accurs. ad d. l. pen. in verbo usucaperet. Bachov. p. 2. disput. 22.
 th. 3. lit. A. p. 355. Ungepaur. exercit. just. 7. q. 3.*

Controversia VII.

Annui redditus non præscribuntur.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. & 4.

A qua dissentit Friderus Mindanus. n. 5.

Responsio ad l. eos 26. C. d. usur. à Mindano allegatam. n. 6. 7. 8. & 9.

Sententia nostra communis est. n. 10.

Et in Praxi recepta. n. 11.

Controversia * hæc decisa reperitur in l. cum notissimi 7. §. in huc
 16. C. d. præscript. 30. vel 40. annor. ubi ait Justinianus Imperator:
 in promissionibus, legatis & aliis obligationibus, quæ dationem
 per singulos annos, menses, vel aliquod singulare tempus conti-
 nent, præscriptionum tempora ab initio cujusque anni, mensis, vel
 alterius singularis temporis computari manifestum esse. Unde *
 apparet: in annuis redditibus tot esse præscriptiones, quot sunt an-
 ni, vel menses, neque futuras præstationes præscribi. Ratio *
 est: quòd singulis annis nova nascatur actio. At futurorum an-
 norum actiones nondum natæ sunt; præscribi igitur non possunt.
 Quod * enim non est non præscribitur: siquidem non entis nullæ
 sunt qualitates. l. i. ff. d. in just. rupt. & irrit. fact. testam.

Verùm * objicit hîc nobis Friderus Mindanus d. mandat. c. 74.
 n. 16. l. eos 26 C. d. usur. ubi rescribit Justinianus Imperator: quòd ii,
 qui principali actione per exceptionem 30. vel 40. annorum sive
 personali sive hypothecariâ actione ceciderunt, non possint super
 usuris vel fructibus præteriti temporis aliquam movere quæstio-
 nem, dicendo ex iisdem temporibus eas velle sibi persolvi, quæ non
 ad 30. vel 40. præteritos annos referuntur, asserendo singulis annis
 earum actiones nasci: principali enim actione non subsistente, satis
 supervacuum sit, super usuris vel fructibus adhuc judicem cogno-
 scere. Respondem⁹ * Mindano distinguendo inter annuas usuras &
 reddit⁹ annuos, inter quæ latissima est differentia, notante Geil. 2. obs.
 7. n. 6. Nam * in mutuo ut plurimum usuræ committuntur, & sortis
 sunt accessio; at redditus annui ex emptione venditione debentur &

8.

ab emptore ut res principalis percipiuntur. Quare, * cum usura accessio sint principalis obligationis, sublatâ obligatione principali, sublata quoque censentur; de * quo casu loquitur d.l.eos.26.

9.

10. II.

Quam * communem esse Dd. sententiam, & secundum * eam semper vidisse se practicari; testatur Guido Papæ decis.406.407. & 408. eandemque præjudiciis firmant Mynsinger 3. observat. 13. & Bernh. Wurmser. observat. libr.1. tit.45. observat. 5. & sequuntur atque approbant Geilius 1. observat. 173. n.1. Anton. Thesaur. decis. 179. Nicol. Boër. decis. 336. Fachinæ. libr.8. contrv. 97. Balbus d. præscript. p.4. pr.4. quest.4. Berlich. practicab. conclus. p.2. conclus.4. per tot. Dn. D. Wilhelm Anton. d. rescript. morat. tit.9. conclus. 63. n.23. p. m. 637. Treutler. p.2. disput. 22. th.3. lit. I. ibq. Hunn. q. 16. Dan. Moller. constit. Saxonia. p.2. constit.2. Alvarot. Valasc. decis.49. Bronch. cent. 2. assert.74.

Controversia VIII.

Emptor bonam fidem habens, omissâ venditoris vitiosâ possessione, usucapere potest.

Summaria.

In quo, quò ad præsentem controversiam, conveniat hæres cum emptore.

n. 1.

In quo illi differant. n. 2.

Differentiæ ratio. n. 3.

Obiectio ex l. vitia 11. C.d. adquir. vel res. possess. n. 4.

Solutio. n. 5. 6. & 7.

Obiectio. ex l. apud Celsum 4. §. si quis 29. ff. d. dol. mal. & met. except. n. 8.

Solutio. n. 9. 10. 11. 12. 13. & 14.

1.

IN * hoc par est hæredis & emptoris conditio; quòd ut hæredi prodest justa possessio defuncti, ita etiam venditoris justa possessio prodest emptori, ut maximè hic rem ab autore malâ fide acceperit. l. unic. C. d. transform. usucap. In * eo verò atriisque dispar est conditio: quòd vitiosa possessio defuncti hæredi obstat, quòd minùs etiam hic ex sua bonâ fide rem usucapiat; emptor autem omissâ venditoris vitiosâ possessione ex sua persona usucapere queat l. an vitium 5. ff. d. divers. & temporal. præscript. l. Pomponius 13 §. 1. ff. d. adquir. vel amitt. possess. l. qua fundum 7. §. procurator 6. ff. pro empt.

2.

Diffe-

Differentiæ * ratio est: quòd hæres personam defuncti repræsentet & idèd in universum jus & sic etiam in vitia ejus, emptor verò in rem duntaxat singularem succedat. *l. hæres 11. ff. d. divers. & tempor. præscript. l. si ego 11. §. partus 2. ff. d. publician. in rem action.*

Objicitur hîc * *l. vitia 11. C. d. adquir. & retit. possess.* ubi rescribitur: vitia possessionum à majoribus contracta perdurare & successorem auctoris sui culpam comitari. Respondemus * cum Donello *5. comment. 20.* duas esse *d. l. 11.* partes. In prima ejus parte de successore universali agitur, quod arguit vocula *majoribus in d. l. 11.* posita, quæ hæredibus opponi solet. *arg. l. quiq. 4. §. parentes 2. ff. d. in jus vocand.* In * Posteriori verò parte *d. l. 11.* de successore in rem singulari tractatur, uti vocula *auctoris* ibi innuit: & quidem de illo possessore singulari, qui auctoris accessione vult uti. Quomodò * fanè textus objectus nobis minimè obstabit: agimus enim de illo possessore singulari, qui bonam fidem habet & vitiosâ auctoris possessione uti non vult, sed propriâ possessione.

Objicitur * quoque *l. apud Celsum 4. §. si quis 29. ff. d. dol. mal. & met. except.* ubi quærit Ulpianus JC. quòd si quis ex causa legati vindicet, aut is cui ex causa donationis res præstita est, vindicet, an de dolo exceptionem patiatur ex causa ejus in cuius locum successerit, & respondit Ulpianus post Pomponium JC. exceptione eos repellendos esse: ex ratione ibi subjecta, quòd causam lucrativam sint nacti, & sic ex causa lucrativa possideant. Respondemus: * distinguendum esse inter dolum auctoris & simplicem ejus malam fidem: ac priori casu vicissim inter titulum lucrativum & onerosum. Quando * dolus subest auctoris & rem ex causa lucrativa possidet possessor, non usucapit, sed solùm ex causa onerosa; *d. l. 4. §. 29. ibiq. Accurs.* Quando * verò simplex solùm arguitur mala fides auctoris, rem usucapere potest possessor, sive ex causa lucrativa sive ex onerosa eam possideat: quomodò * quoque accipiendum est Ulpiani responsum in *l. an vitium 5. pr. ff. d. divers. & temporal. præscript.*

Cæterùm * jure novo in universum aliâ insuper opus est distinctione: interest enim hodiè, an sciverit dominus rem suam à mala fidei possessore alienari, an verò ignoraverit. Si * sciverit, inter præsentem; *10.* inter absentes *20.* annorum spacio rem firmiter habebit usucapiens; sin verò ignoraverit dominus, non nisi tricennali

tempore usucapere potest. Novell. 119. c. 7. & auth. mala fidei C. d. præscript. long. temp. Alexand. d. Imol. in l. locus ff. d. adquir. vel amitt. possess. Balb. d. præscript. p. 2. pr. 3. q. 6. n. 3. Donell. d. c. 20. Bachov. p. 2. disput. 22. th. 5. p. 392. & seqq.

Additamentum.

Facultati pignoris reluendi præscribi nequit.

Summaria.

Ponderosa est præsens controversia. n. 1.

Cujus negativa sententia stabilitur. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

Objectio ex l. nec creditores 19. & l. fin. C. d. pignorat. act. n. 14.

Solutio. n. 15. & 16.

Instantia. n. 17. & 18.

Solutio. n. 19.

Sententia nostra communis est. n. 20.

Et practica. n. 21. & 22.

1. **P**onderosa * est controversia hæc, quæ propter rationum, autoritatum & præjudiciorum, pro parte utraque pugnantium varietatem, acriter disputari potest, uti videre est apud Johannem
2. Köppen. decis. 1. per tot. Et * lanè pro sententia negativa fortissimè pugnat l. cum notissimi 7. §. sed cum illud 2. C. d. præscript. 30. vel 40. annor. in qua creditor posterior hypothecam tenens creditori anteriorem hypothecam habenti eamq; persequenti 30. annorum præscriptionem objicere non potest, si modò debitor adhuc in vi-
3. vis sit. Et * subjicitur hæc ratio: quòd tùm creditor non suo sed
4. debitoris nomine pignus possideat. Quapropter * cum nostrò in casu non proprio, sed debitoris nomine quoque pignus possideat creditor, l. 13. ff. d. usucap. & usurpat. neque illud præscribet: quippe
5. * alieno nomine possidens minimè præscribit, l. 2. C. d. præscript.
6. 30. vel 40. ann. nec * creditor sibi possessionis causam mutare potest.
7. l. 18. l. 19. §. 1. ff. d. adq. & amitt. possess. Deinde * pro sententia hac pugnat quoque solida hæc ratio: quòd ea, quæ meræ sunt facultatis, præscriptione non tollantur. l. viam publicam 2. ff. d. via publ. & itin. publ. resic. Balb. d. præscript. p. 4. p. 5. pr. q. 4. & 5. At * jus re-
8. luendi pignoris in mera debitoris voluntate positum est: & debitori non per modum actionis; sed meræ facultatis competit. Accedit: *
9. quod non est non præscribitur, non entis enim nullæ sunt
10. qualitates. l. 1. ff. comm. præd. Atquin * ante debiti solutionem non

competit

competit debitori pignoratitia actio: quare præscribi ei non potest. Deniq; * optimè facit, quòd creditor, pignus præscribere volens, malam fidem habeat, scit enim illud ad debitorem spectare. Malæ * fidei autem possessor (Bösgläubiger Inhaber oder Besizer) nullo unquam tempore præscribit: secundum Canones, c. fin. d. præscript. ubi communiter Canonistæ, quibus * in hac præscriptionis materia secundum communem & in Camera Imperiali approbatam opinionem standum est: Geil. 2. obs. 18. n. 10. cum hîc de peccato vitando agatur.

Quibus * fundamentis minimè obstat. l. nec creditores 10. & l. fin. C. d. pignor. act. in quibus rescribitur, pignoratitiæ actioni non præscribi, ex quo sequi videtur, 30. annis eidem rectè præscribi. Etenim * textus hi de actione pignoratitia jam competente tractant, agunt enim de iis casibus, ubi vel soluta est pecunia, vel legitimè deposita. Sed * nos in illis versamur terminis, ubi nondum competit pignoratitia actio, quando scil. solutio nondum facta est, & tûm pignoratitiæ præscribi non potest, cum non existat. Neque * est ut regerat quis: eum, qui facere potest ut conditioni parere possit, jam facere * videri; l. qui potest ff. d. R. I. debitorem * autem, ut pignus redimatur, facere posse. Ad * hoc enim respondetur: licet facere possit debitor ut pignus redimatur; tamen ad hoc minimè tenetur: quia, ut supra dictum fuit, pignus luere res est meræ facultatis. Atq; * hanc communem esse Dd. sententiam, eamque ut veriore, æquiore, melioribusque rationibus fulcitam * sequi Cameram Imperialem; testatur Andreas Geilius, d. obs. 18. n. 4. Mynsingerus 1. obs. 16. & 6. obs. 70. in fin. & Autor, Symphorem. p. 3. vol. 14. n. 2. tom. 1. & * secundum eam decidisse etiam aliquando Senatum Pedemontanum, refert Cachéranus. decis. 115. Eandemque amplectuntur Bernhard Wurmser. 1. observat. tit. 46.

observ. 3. & Johan. Köppen, d. decis. 1.

per tot.

✠ (o) ✠

✠

De

De DONATIONIBUS.

TITULUS VII.

Controversia I.

Donatio pactum legitimum est.

Summaria.

Probatio hujus sententiæ. n. 1. & 2.

Obiectio ex l. contractus 17. C. d. fid. instrument. n. 3.

Solutio. n. 4.

Alia obiectio. n. 5.

Solutio. n. 6. 7. 8. & 9.

Instantia. n. 10.

Solutio. n. 11. 12. & 13.

Genus donationis pactum legitimum rectius constituitur. n. 14. 15. 16. 17. & 18.

1. **I**llud * pactum dicitur legitimum, quod quidem per se & naturâ suâ nudum est; fomentum tamen à legibus civilibus accepit & robur, ut ex eo obligatio nascatur & actio. l. legitima 6. ff. d. pact.
2. At * donatio nudâ hodie perficitur conventionē; & tamen ex ea instar emptionis venditionis efficax oritur obligatio & actio. §. aliæ 2. h. t. l. si quis argentum 35. §. ult. C. eod. tit. Exinde igitur consequitur: quod pactum legitimum sit donatio.
3. Neque * obstat l. contractus 17. C. d. fid. instrument. in qua contractus appellatur donatio. Etenim * contractus nomen generaliter & largè sumitur ibi, quomodo pacta etiam legitima contractus dici queunt, scil. quatenus instar contractuum ad producendam actionem efficacia sunt.
4. Neque * etiam obstat pr. h. t. ubi ait Justinianus Imperator: *est & aliud genus acquisitionis*, sicut nec §. fin. instit. d. us. & habit.
5. Nam * licet reverà & propriè pactum legitimum sit donatio; tamen haud absurdè & modus acquirendæ obligationis & modus acquirendi domini interdu dici potest. Et * quidem modus acquirendæ obligationis, quando absque traditione perficitur, videlicet quâ ratione eo casu obligatio acquiritur, ex qua efficax nascitur actio. Modus * verò acquirendi domini dici potest donatio, quando traditione perficitur, quo casu dominium transit & transfertur.
- 6.
- 7.
- 8.

fertur. Quâ * ratione etiam jure antiquo, nimirum ante Justiniani constitutionem modus ejusmodi transferendi dominii erat donatio, secundum illud enim in donatione traditio intervenire debebat. *l. si tibi 20. ff. d. reb. credit. l. in edibus 9. §. fin. ff. h. t. l. qui id 33. §. 1. eod. tit.* Neque * hîc nobis objici potest, quasi hæc contradictionem in se habere videantur, pactum legitimum esse donationem & tamen modum acquirendæ obligationis & acquirendi dominii: fit * enim hoc, ut antè dictum, diverso respectu: & * deinde donatio generalius dici potest modus acquirendæ obligationis & acquirendi dominii; specialius verò ea est pactum legitimum. Sicut * igitur genus & species sibi invicem non contradicunt, ita nec hæc sibi contradicunt. Verum * enim verò cum in definitionibus, quò ad ejus fieri potest, accuratè loqui & genus proximius ponere debeamus, idcirco genus donationis rectius constituitur pactum legitimum: sic * enim sub genere hoc tam ea donatio quæ traditione, quàm ea quæ nuda pactione, fomentum à lege habente, perficitur, continetur. Nec * est, ut regerat hîc quis, pactum non videri donationem, quando traditione perficitur: licet * enim statim & in continenti res tradatur; tamen conventionem intervenisse, negari non potest: quippe * sine causa & titulo dominium non transfertur. *l. nunquam 31. pr. ff. d. adquir. rer. domin.*

Controversia II.

Donatio mortis causa ab intestato facta legatis exæquata est.

Summaria.

Quæ sententia probatur. n. 1. 2. & 3.

Falcidia in donatione mortis causa obtinet. n. 4.

Obiectio ex *l. si filius 20. §. 1. ff. d. legat. præstand.* n. 5.

Solutio. n. 6.

Donationes * mortis causâ legatis indistinctè exæquavit Justinianus Imperator in *l. fin. C. d. mort. caus. donat.* Ergo * & donatio mortis causâ ab intestato facta eis exæquata erit. Quin * donatio mortis causâ legatis ab intestato relictis per expressum ex-

4. æquata est in *l. precibus* 3. *C. d. inoffic. donat.* Unde * sicut Falcidia in legatis ab intestato relictis locum habet; *l. filiusfamilias* 18. *ff. ad L. Falcid.* ita etiam in donatione mortis causâ ab intestato facta. *l. si mortis* 5. *C. eod.* Dn. D. Bocer Præceptor quondam meus maximè venerandus *p. m. in tract. d. donat. c. 5. n. 64.*

5. Verùm * non leve dubium movet *d. l. 20. § 1. ff. d. leg. præst.* in qua respondetur nullâ ab intestato donationis mortis causâ & legatorum comparationem esse. Respondemus: * Marcianum in *d. l. 20.* secundùm quid intelligendum esse: ut hætenus nulla sit legatorum & mortis causâ donationum ab intestato exæquatio, ubi de Edicto Prætoris contra tabulas de legatis præstandis quæritur: in legatis quidem obtinet Edictum hoc, non autem in mortis causâ donationibus ab intestato factis; in quibus inofficiosi querelam locum habere, rectè docuere Azo *ad d. l. 20.* & Acurf *ibid.* Bachov. *p. 2. disp. 19. th. 9. lit. B. pag. 151.* & seq. *ibidemq.* Hann. *q. 59. vol. 3.*

Controversia III.

Donatio ob causam liberorum revocari potest.

Summaria.

De mero jure contrarium statuendum videtur. *n. 1. & 2.*

Opinio nostra probatur. *n. 3. & 4.*

Antonii Matthæi contraria sententia. *n. 5.*

Ejus impugnatio. *n. 6. & 7.*

Antonii Mathæi instantia. *n. 8.*

Ejus solutio. *n. 9. & 10.*

Sententia nostra communis est & practica. *n. 11. & 12.*

Opinio nostra de jure Wirtembergico comprobata est. *n. 13.*

1. Merum * jus si intueamur statuendum videtur; ob liberorum
2. supervenientiam donationem revocari non posse. Etenim
3. * *l. si unquam* 8. *C. d. revocand. donat.* de donatione à patrono libertis facta loquitur, quæ certè donatio faciliùs revocari posse videtur, quàm si ab alio extraneo facta fuisset: cùm liberti à patrono inæstimabile libertatis beneficium acceperint. Veruntamen * cùm vera & adæquata ratio *d. l. 8.* in conjectura paternæ pietatis posita sit: *l. cùm avus* 102. *ff. d. condit. & demonstrat.* quòd pater proprium sanguinem extraneis anteferre voluisse non præsumatur, *l. cùm a-*
cutissimis

cutissimi 16. C. d. *fideicom.* & verisimile etiam sit, eum, si de liberis cogitasset, donationem facturum non fuisse; l. *generaliter* 6. §. *cum autem* 1. C. d. *instit. & substit.* itaque * donationem à quovis extraneo factam ob liberorum supervenientiam jure revocari, statuendum est.

A * qua tamen sententia præter alios recedit quoque Antonius Matthæus *ad* §. 2. *h.t.* ubi hac in re differentiam facit inter ultimas voluntates & donationem inter vivos, & supra dictas rationes in ultimis voluntatibus duntaxat locum sortiri dicit. Verum * cum præsumptio hæc, quod nemo alienas largitiones propriis anteferre censeatur, juris sit naturalis & generalis; itaque differentiam hanc minimè admittet, sed perpetuò militabit. Vnde * si donationi talis conditio, si liberos non habuero, expressè apponi potest, etiam tacitè ex præsumpta patris voluntate subintelligi poterit. Regerit * Antonius Matthæus *d.l.* ex eo etiam colligi posse *d. l. si unquam* 8. constitutionem esse singularem, quod revocari possit donatio, etsi pars tantum facultatum erogata fuerit. At * accuratius si perpendatur *d. l. 8.* apparebit, non hanc ejus esse mentem, quasi ob rem etiam singularem, vel modicam revocari possit donatio; sed si pars aliqua facultatum, id est portio aliqua magna paternæ substantiæ erogata fuerit: quem * intellectum suggerit vocula *facultatum* & res singularis haud rectè pars facultatum dicitur.

Quam * sententiam humaniorem & receptionem esse eamq; * Practicam & usum ita mordicus tenere, ut à faucibus ejus avertere nemo queat; ait Tiraquellus: *in d. l. 8. n. 48.* quam * etiam statuto Wirtembergico comprobata esse, constat *ex part. 2. tit. 18. §. ult. stat. Wirtemberg.* Eandemque sententiam ut communem amplectuntur Jul. Clarus *receptar. sentent. 4. vocab. donatio q. 22.* Anton. Gomez. *variar. resolut. tom. 2. c. 4. n. 11.* Geil. 2. *observat. 102. n. 2.* Mynsing. *cent. 5. observ. 63.* Menoch. *d. arbitrar. judic. quest. c. 33.* Fachin. *libr. 3. controvers. c. 88.* Vultej. *jurisprud. Roman. libr. 1. c. 76. lit. B. n. 4.* D. Bocer. *d. donat. c. 3. n. 110. & mult. seqq.* Treutler. *p. 2.*

disput. 19. th. 7. lit. E. ibiq; Hunn.

q. 44.

QUIBUS ALIENARE LI- cet vel non.

T I T U L U S. VIII.

Controversia I.

Maritus dotis dominus est.

Summaria.

Fundamenta sententiæ nostræ. n. 1. 2. 3. & 4.

Objectiones. n. 5. 6. 7. 8. & 9.

Solutio. n. 10. 11. & 12.

1. **M**aritum * dotis esse dominum, probatur per *l. doce ancillam* 9. C. d. V. ubi rescribitur: ancillam dotalem ab uxore vindicari non posse. Ergo maritus vindicare eam potest. Ex quo consequitur maritum rei dotalis dominum esse: aliâs enim rei vindicatio ei competere non posset: siquidem rei vindicatio dominium præsupponit. *l. in rem actio* 23. pr. ff. d. R. V. Idem * probatur per *l. dotis* 7. §. *si res* 3. ff. d. jur. dot. ubi res in dotem datæ mariti fieri dicuntur. Et * probatur per *l. dotale* 13. §. *dotale* 2. ff. d. fund. dot. in qua dotale prædium marito quæsitum dicitur. Sed * & idem probatur per *l. quotiens* 43. §. *fin.* ff. d. pecul. ubi dotis datione dominium mutari traditur.
- 2.
- 3.
- 4.
5. Verum * hisce objici solet *l. quamvis* 57. ff. d. jur. dot. ubi dos mulieris esse dicitur, *l. * fructus* 7. §. *si fundum* 12. ff. d. jur. dot. ubi dos respectu mariti aliena esse asseritur, *l. * in rebus* 17. pr. eod. tit. ubi maritus in rebus dotalibus culpæ & doli nomine tenetur, *l. * de die* 8. §. 1. ff. *qui satisd. cogunt.* in qua, si fundus dotalis petitur, rectè fideiubet mulier tanquam in rem suam, *l. * in rebus* 30. C. d. jur. dot. ubi uxor ad effectum ne satisdare cogatur possidere fundum dotalem & in genere rem dotalem in dominio uxoris permanisse dicitur. Respondemus * hîc: aliud in re dotali dominium habere uxorem, aliud maritum. Et * quidem uxor dominium habet naturale, cujus effectus durante matrimonio quasi sub cineribus sepulti delitescunt, & soluto matrimonio reviviscunt. Maritus * verò constante matrimonio dominium habet civile idq; revocabile, quod
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
12. solutio

soluto matrimonio ad uxorem redit & cum dominio uxoris naturali quasi consolidatur. *Add. Cujac. observat. libr. 10. observat. 32. & Hotomann. ad pr. h.t.*

De
TESTAMENTIS OR-
dinandis.

TITULUS IX.

Controversia I.

Testamentum ex eo appellatur, quòd sit men-
tis testatio.

Summaria.

Grammaticorum hanc testamenti notationem deridentium argumentum.

n. 1. & 2.

Responsio. n. 3. & 4.

Aliud adversariorum argumentum: n. 5.

Responsio. n. 6. 7. 8. & 9.

HAnc * testamenti notationem à Justiniano hîc traditam pleriq;
Grammatici rident; secuti Gellium *lib. 6. c. 12.* & Laurentium
Vallam *6. eleg. 36.* Et * quidem ea ex ratione: quia hâc notatio-
ne admîssa sequeretur; *calceamentum, atramentum, pavimentum, ve-*
stimentum & similia vocabula à mente suas habere notationes, quod
absurdum esset. Verùm * licet hisce in vocabulis syllabica ista ad-
ditio *Mentum* sit otiosa; non tamen sequitur eam in testamento
quoque otiosam esse. Quippe * nam aliunde etiam & in primis ex
ipsa natura & effectû testamenti constat; id mentis esse testatio-
nem: ad hoc enim comparatum est testamentum, ut quis de mente
sua & ultima voluntate testetur.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

Illud * etiam nihil ad rem facit: quòd & codicillus testatio
mentis sit, qui tamen pro testamento non habeatur. Etenim * ne-

cessum

7. cessum non est, notationem notato suo semper adequatam esse:
 8. cum eo sapè etiam latior sit, ipsis quoque Philosophis statuenti-
 9. bus. Proinde * argumentum à notatione non semper procedit af-
 firmativè; ast benè negativè. Sic * non procedit argumentum: est
 testatio mentis, ergò est testamentum, potest enim codicillus esse.
 Ita * tamen procedit, non est testatio mentis, ergò neque testa-
 mentum.

Controversia II.

Testamenti factio juris civilis est.

Summaria.

Testamenti factionem esse juris naturalis, probatur. n. 1. & 2.

Eandem & juris Gentium esse, firmatur. n. 3.

Testamenti factionem juris civilis esse, stabilitur. n. 4. 5. 6. & 7.

Objectio. n. 8.

Solutio. n. 9. & 10.

Antonii Fabri opinio, affirmantis testamenti factionem neque juris naturalis
 neque juris Gentium, sed solius juris civilis esse. n. 11.

Quæ opinio rejicitur. n. 12. 13. & 14.

Autoris sententia magis communis est. n. 15.

1. **U**T * defunctorum ultimæ voluntates adimpleantur & effe-
 2. ctum sortiantur, juri naturali conveniens est: cum post mor-
 tem suam amplius velle non possint testatores. Et * etiam secun-
 3. dùm naturam sit, viventium conventiones ratas haberi, quò ma-
 gis igitur secundùm eam sit, demortuorum ultimas voluntates ad-
 impleri. Hoc * quoque testandi jus apud omnes Gentes invaluisse;
 (licet de Germanis contrarium scripserit olim Tacitus) Historiæ
 & Sacræ & Prophanæ prodidere.
4. Verumtamen * jus Romanum huic testandi juri aliam indi-
 5. dit formam. Nam * secundùm illud numerus testium septenarius
 adhibendus est, §. *sed cum paulatim* 3. h. t. l. *si unus* 12. l. *hac consultissi-*
ma 21. pr. & l. *fin.* C. eod. tit. testium signis testamentum consignan-
 dum, l. *ad testium* 22. §. *si quis* 4. & seq. ff. h. t. hæredis nomen
 manu ipsius testatoris scribendum, vel octavus testis adhibendus,
 uno contextu testamentū faciendum d. l. 21. C. eod. tit. & nullus a&
 extraneus intermiscendus; l. *verba* 20. ff. d. V. S. cæteroquin testator in-
 6. utiliter testatus dicitur. Et * ergò formam testandi secundùm jus
 nostrum

nostrum Romanum si contemplemur, juris civilis rectè dicitur testamenti factio, à qua etiam denominari debet. Quippe * forma principalis rei pars habetur & dat esse rei, à qua ideò qualibet res denominanda est.

Neque * obstant nobis suprà de naturali ratione & jure Gentium adducta. Tametsi * enim juris civilis verissimè sit Testamenti factio; tamen dici etiam potest: eam intuitu rudis materiæ vel originis juris quoque Gentium esse & naturali rationi convenire. Jus * enim civile illud appellatur: quod non in totum à naturali ratione recedit, neque in totum ei servit, veluti respondit Ulpianus *l. C. in l. jus civile 6. ff. d. justit. & jur.*

Exinde * constat, lapsum hîc esse Antonium Fabrum *in jurispr. sua Papinian. tit. 2. pr. 4. illat. 1.* asserentem: testamenti factionem juris Gentium planè non esse, sed solius juris civilis. Licet * enim circà testamenti factionem quædam singularia, aliis Gentibus non communia, de jure civili sint introducta; tamen ea originis ratione juris Gentium nihilominus manet. Sic * namque circà servitutum jura quædam singularia & peculiaria in legibus nostris sunt constituta, quæ apud alias Gentes non observantur: quis * autem ideò negabit, juris Gentium esse servitutem: cùm definiatur ea constitutio juris Gentium, quâ quis dominio alieno contra naturam subjicitur. §. *servitus 2. instit. d. jur. personar.* Quam sententiam nostram defendunt Bartol. *in l. interdum ff. d. condict. indebit.* Corn. *in l. si testamentum n. 2. & 3. C. h. t.* ubi * eam magis communem esse dicit. Covarruv. *variar. resolut. c. 6. n. 7.* Jul. Clar. *recept. sentent. §. testamentum. q. 2. per tot.*

Controversia III.

Alio etiam signo quàm annulo testes in testamentis signare possunt.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. & 4.

Nodus *l. ad testium numerum 22. §. signum 5. ff. h. t. n. 5.*

Eguinarius Baro, Donellus & Hotomannus *d. l. 22. §. 5.* manum admovent ei quæ voculam *Non* adjiciunt. n. 6.

Quorum sententia improbat. n. 7.

Autor Connani interpretationem sequitur. n. 8. 9. 10. & 11.

Autoris

Autoris sententia per Novellam Imperii constitutionem comprobata est. n. 12.

Et de consuetudine hodie obtrinet. n. 13.

1. **A** Lieno * etiam annulo testib⁹ uti licere, & uno annulo omnes
2. 3. testes testamentum signare posse; traditur in §. *possunt* s. h. t.
4. quid * ni igitur & alio quovis signo signare eis liceret? Videtur * sa-
5. nè ineptissimæ esse solennitatis & scrupulositatis, annulo præcisè
6. testamentum signari debere: quid * enim quæso ad testamenti fi-
7. dem facit circularis ista annuli proportio? Et * aliàs quoque satis
8. solennitatum in testamento ordinando observari oportet.

9. Haud * leviter tamen obstare hîc videtur l. *ad tertium numerum*
10. 22. §. *signum* s. ff. h. t. Cui * textui Eguinarius Baro & eum secuti
11. Donellus 6. *comment.* 8. & Hotomannus 1. *observat.* 20. manum infer-
12. re & particulam *Non* adponere non verentur. Verùm * cùm pia-
13. culum reputetur, legibus sanctione munitis manum admove; id-
circò retentâ lectione vulgari & cum omnibus Exemplaribus cor-
respondente cum Connano 9. *comment.* 2. d. l. 22. ita explicabimus:
quod sc. annulo tantùm signare liceat, si quis & annulum quo gra-
viora & aliud signum, quo leviora quæq; signare solet, habeat. Cæ-
teroquin, * ubi quis annulum non habet, sed aliud impressum, quo
tam graviora quàm leviora signare solet; eodem signo testamenta
quoq; signare potest. Hæc interpretandi ratio colligitur ex ipsa: d. l.
22. nam sententiæ suæ rationem hanc reddit Ulpianus ibi: quia
homines variè signent, intellige modò annulo, modò alio impres-
so. Et * deinde hanc conditionem addit Ulpianus: d. l. dum ta-
χαιρα τῆς ἑξῆς habeat: id est annulus signatorius sit. Inde * à con-
trario sequitur, si annulum non habuerit testis; eum alio uti posse
impresso.

12. Quam * sententiam Novella Imperii constitutio von Notar-
rien/sub rubric. von Testamenten / versic. Dûm die Form eines Testa-
ments / ic. & versic. Es mögen auch ic. non solum comprobavit; sed
13. * etiam consuetudo firmavit Accurs. ad d. l. 22. Joh. Dauth. d. *testam.*
p. m. 382. Mynsing. ad d. §. 5. h. t. ibidemq; Vultej. n. 35. Hillig. in Do-
nell. enucleat. d. c. 8. lit. B. in not. Marc. Lyclam. 2. membr.

eclog. 34. Anton. Matth. ad d. §. 5. p.

m. 132. & seq.

* *

Contro-

Controversia IV.

Septem testes etiam hodie in testamento requiruntur.

Summaria.

Quæ causa sit, quòd 7. testes in testamento intervenire debeant. n. 1. & 2.

Quid de jure Pontificio circa hoc obtineat. n. 3.

Ius Cæsareum per Constitutionem Maximiliani I. Imperatoris confirmatum est. n. 4.

Limitatio. n. 5. 6. & 7.

Quid de statuto Wirtembergico obtineat. n. 8.

PLuribus * testibus adhibitis non facile fieri potest, ut quid falsi in testamentum irrepat; *l. fin. C. d. fideicommiss.* ideoque * septem testes in testamento ordinando adhiberi leges voluerunt. *l. fin. C. h. t.* Aliter * tamen de jure Pontificio sancitum reperitur, secundum quod testamentum coram duobus vel tribus testibus conditum, inprimis si Parochus adhibitus, validum est. *c. cum esses x. d. testament.* Sed * quidquid sanciverint Canones, hodie jus Cæsareum per Constitutionem Maximiliani I. Imperatoris in Comitibus Coloniensibus d. Anno 1612. sub tit. Von Testamenten. §. vnd sollen die Notarii &c. expressè confirmatum est: ita ut in testamento ordinando septem testes ad minimum adhiberi debeant. Jul. Clar. in §. *testam. n. 1. & 2.* Dauth. d. *testament. p. 323. n. 428.* Vultej. ad §. 5. *h. t. n. 28.* Si * tamen statutum vel consuetudo alicubi vigeret, ut testamentum coram Notario & duobus testibus factum valeret; id valere asserit Geilius. 2. *observ. 123.* Unde * duos etiam sufficere testes in testamento Christiani apud Turcas vel Saracenos condito; tradit Dauth. d. *testam. p. 330. n. 458.* Ergò * multò magis valeret testamentum, si fieret coram pluribus. Sic * secundum statutum Wirtembergicum testamentum, coram Scribâ publico vel Notario & quinque testibus conditum, validum est. *Fürstl. Wirtemb. Landr. p. 336. pr.*

Controversia V.

Testamentum pestis tempore septem testes minime requirit.

Summaria.

Doctores in controversia hac in diversas ierunt sententias. n. 1.

Quidam in testamento pestis tempore septem testes requirunt. n. 2.

Quidam quinque requirunt n. 3.

Quidam duos vel tres testes sufficere statuunt. n. 4.

Autor ultimam opinionem defendit. n. 5. usq. ad n. 19. inclus.

Obiectio ex l. casus majoris 8. C. d. testam. n. 20.

Solutio. n. 21. 22. & 23.

Sententia nostra communis est & practica. n. 24. & 25.

Respondetur Parisio & Corneo, contrariam sententiam communem & magis communem esse testantibus. n. 26. usq. ad fin.

1. **Q**UOT * testes in testamento pestis tempore requirantur; de eo Dd. diversas tenent sententias, veluti hoc apparet ex traditis Josephi Mascardi d. probat. conclus. 1359. n. 18. & seqq. & Dauthii. de testament. p. 332. n. 424. & p. 325. n. 437. Quidam * enim septem testes requirunt. Castrens. Fulgos Aretin. & Alexand. d. Imola in l. fin. C. h. t. Berlich. practica. conclus. p. 3 conclus. 5. n. 6. Fachina. libr. 5. contrv. c. 92. Quidam * quinque exigunt. Bald. in d. l. fin. C. d. testam. ibiq. Salycet. & Jason. Clar. in §. testamentum q. 56. n. 3. Sunt * denique qui ita sentiunt: quod scil. in testamento tempore pestis nimium grassantis duo vel tres tantum testes sufficiant, licet specialiter non sint rogati testes, si modò ipse testator peste correptus sit: quam ultimam sententiam nos sequimur. Nam * propter contagionis suspicionem alii ad ægrotos accedere gravantur, multisque diffugientibus quædam hominum inopia est. Quapropter * hoc casu facilè ad jus Gentium recurritur, secundum quod in quovis actu duo vel tres testes sufficere possunt: necessitas * enim legem non habet: l. aliquando 5. ff. d. offic. procons. & in necessitatis casu à juris communis regulis recedi potest. l. sed sciendum 7. ff. ad Sc. Trebell. Quod * inprimis hîc debet obtinere: quoniam scil. solennitates istæ testamentariæ non de jure naturali, sed mero positivo Civili sunt introductæ. Nam * ex testamento non solenni naturalis obligatio oritur: l. neque 5. C. h. t. & testatoris voluntas ex imperfecto & non solenni testamento ab heredibus in Foro conscientiæ observanda est. d. l. 5. & l. etsi 2. C. d. fideicommiss. ubi rescribit Antoninus Imperator: quod, si inutiliter relictum sit fideicommissum; tamen, si hæredes compertâ voluntate defuncti prædia ex causa fideicommissi præstiterint, frustra ab iis ea de re quæstio movea-

moveatur : cū non ex sola scriptura, sed ex conscientia relictī fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur. Anton. Agerve d. Ayora libr. singul. collect. forens. c. 70. Quapropter * in tali necessitatis casu eò facilius ad jus Divinum & jus Gentium sive naturale perveniri potest, secundū quod in ore duorum vel trium consistit omne verbum. In * dubio quoque illa amplectenda est sententia quæ testamentis favet : l. si pars 10. ff. d. inofficios. testament. l. fin. §. fin. C. d. posthum. hered. instit. quippe * conservatio eorum publicam concernit utilitatem. l. vel negare §. ff. quemadmod. testam. aperiant. Denique * pro hac sententia nostra haud leviter quoque pugnat hæc ratio : quòd tempus belli & pestis æquiparentur : cū * pestis tempore bellum inter Deum & homines esse censeatur : veluti eleganter notatum est à Coryphæo nostro Bartolo in l. naturaliter ff. d. usurpat. & usucap. Sicut * igitur solennia testium in militum testamentis remissa sunt ; l. 1. ff. d. testament. militar. l. si à fratre 14. l. pen. C. & princ. instit. eod. tit. ita etiam in testamento pestis tempore eadem solennia remissa erunt. Nam * æquipollentium & comparatorum eadem est natura, judicium & disciplina. Clement. exivi §. ut autem d. V. S. c. tuam d. consanguin. & affinit. & ibi Gloss. in verb. equipollentibus. l. si mater C. d. instit. & substit. ubi Gloss. in verb. sua causa. & in l. fin. §. fin. in verb. tueri. Geil. 1. obs. 2. n. 2. & observat. 13. n. 3. & d. pignorat. observat. 9. Everhard. in loc. argument. legal. loc. ab equipollent. n. 2. Unde * tradit Bartol. in l. ab emptione ante fin. ff. d. pact. quòd in qualibet constitutione æquipollens semper subintelligatur. Indeque * etiam quotiescunque duo à lege antiqua comparantur, si postea aliquid reperiatur de novo statutum in uno, intelligitur etiam statutum in altero : ut tradit Gloss. in l. si quis servo C. d. furt. Et * hæc sententia nostra à jure quoque Wirtembergico comprobata est. p. 3. tit. 4. pag. 340.

Verū * objicitur l. casus majoris §. C. d. testament. ubi resciebunt Maximianus & Diocletianus Imperatores : quòd licet adversus timorem contagionis, quæ testes deterreret, aliquid de jure relaxatum sit ; non tamen prorsus reliqua testamentorum solennitas perempta sit : testes enim hujusmodi morbo oppressos eo tempore jungi atque sociari remissum sit, non etiam conveniendi numeri eorum observatio sublata. Respondemus * non agi in lege illa de morbo pestilenti, sed alio casu, de morbo scil. cadu-

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

- co sive comitali, qui tempore conditi testamenti in unum ex testibus repentinè incidit, ut idèd vocula *contagionis* paulò largius ibi posita sit: per *l. antiquitas 28. C. eod. tit.* Quam interpretationem *d. l. 8. ex Dd. antiquis tradunt Bachovius p. 2. disput. 10. th. 6. lit. I. pag. 560. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 6. c. 9. lit. F. in not. & Antonius Bullæus in dissertat. ad d. l. 8. conclus. 2.* Quin * morbum caducum sive comitalem pro contagioso haberi; præstantissimorum Medicorum judicium est. Et * deinde in *d. l. 8.* agitur de casu tali, qui uni est testibus non qui ipsi testatori contigit, veluti hoc indicant *d. l. 8.* illa verba: *testes enim hujusmodi morbo oppressos, &c.* Atq; * hæc est communis Dd. sententia, quam tanquam æquiores sequi *Cameram Imperialem*, refert *Geilius 2. observat. 18. n. 18.* Et * secundum eam in *Camera* in causa *Gülich* contra *Erlebach* pronunciatum esse; testatur *Mynsing. cent. 1. observat. 95.*
26. Quamvis * igitur *Parisius consil. 32. n. 6. vol. 2.* allegatus à *Mascardo d. l. Baldi* opinionem magis communem dicat, quòd scil. in testamento pestis tempore quinque testes adhiberi debeant, & nostram opinionem ab omnibus explosam & repudiatam esse tradat *Corneus, consil. 296. vol. 4.* ab eodem *Mascardo* adductus; tamen nos auctoritatem *Geilii nostri & Mynsingeri, Praxeos Germaniæ & Camere Imperialis peritissimorum*, pluris æstimamus adductorum Doctorum auctoritate: illi enim hanc sententiam nostram non solum communem, sed etiam practicatam esse in *Camera* testantur. Quando * etiam dubium est, quæ opinio communis sit vel communior; tum illa semper sequenda est & amplectenda, quæ majorem æquitatem sapit. *l. in omnibus 9. ff. d. R. I. Decian. res. 44. n. 7. vol. 3.* Quod
27. * ex multorum sententia verum est: licet contraria opinio magis sit communis. *Hondedæ. consil. 54. n. 58. vol. 2. & consil. 61. n. 29.* Quod
28. * verò sententia nostra majorem æquitatem sapiat, minimè ambigendum est: siquidem ultimis voluntatibus favet & conscientiis consulit. Etiam si * igitur aliorum opinio magis esset communis,
29. tamen nostra prævalebit: nam * si opinio unius Doctoris doti favens in dubio juris comuni opinioni contrariæ præfertur; *Sixtin. consil. Marpurg. 12. n. 36.* quid ni in ultimis voluntatibus ea præferretur? Quin * in ultimis voluntatibus unius Doctoris singularem tenendam esse sententiam, non obstantibus aliorum Dd. opinionibus, quando defendit testamentum; tradit *Joseph. Ludovic. decis. Lucens.*

cons. decis. 29. n. 85. Eandemque sententiam nostram præter supra allegatos Dd. defendunt quoque Barbat. in *c. cum esses col. 8. d. testam.* Florian. in *l. milites C. d. testament. milit.* Port. in *§. fin. instit. d. testam.* Francisc. d. Barry d. *success. testat. & intestat. libr. 1. tit. 2. n. 8.* D. Bocer. in *tract. d. bell. & duell. libr. 1. c. 28. n. 14.*

Controversia VI.

Contractus in testamento celebrari non potest.

Summaria.

Quæ sententia de jure civili verissima est. n. 1. 2. 3. & 4.

Limitatio. n. 5.

Non obstat *l. 1. §. adsignare 3. ff. d. adsign. libert. l. inter mortis 38. ff. d. mort. caus. donat. l. 1. pr. ff. d. duob. reis. n. 6.*

Sententia nostra communis est. n. 7.

Contrariam sententiam observari, traditur remissivè. n. 8.

Michaelis Grassi sententia, communem hanc sententiam limitantis. n. 9.

DE * jure civili sententiam hanc verissimam esse putamus: nam uno contextu fieri debet testamentum. *l. hac consultissima 21. C. b. t.* At * si in eo contractus celebraretur; tum actus continuitas interromperetur. *l. cum antiquitas 28. eod. tit.* Nullus * etiam actus alienus testamento intermisceri debet. Quid verò à testamento magis alienum est, quàm contractus: hic enim mutuum duorum; illud verò unius sententiam requirit: iste statim ligat, illud resipiscendi locum relinquit. Eandem * sententiam perspicuè quoque probat *l. verba contraxerunt 20. ff. d. V. S.* ubi respondit Ulpianus JC. quòd verba *contraxerunt, gesserunt* ad jus testandi non pertineant.

Veruntamen * si à testamento penitus remotus non esset contractus vel actus, & citò etiam expediretur; certè nihil impediret, quò minùs in testamento celebrari posset: quomodò * nobis minime obstabunt *l. 1. §. adsignare 3. ff. d. adsignand. libert. l. inter mortis 38. ff. d. mort. caus. donat. l. 1. pr. ff. d. duobus reis.* Gloss. in *l. heredes palam §. fin. in fin. ff. d. testam.* Quam * communem esse Dd. sententiam dicit Alexand. d. Imol. in *l. 1. §. qui præsens n. 21. ff. d. V. O.* Jul. Clar. in *§. testament. q. 75.* Dauth. d. *testam. pag. 368. & seqq. in primis verò pag. 372.* Duaren. *ff. h. t. c. 4.* Hillig. in *Donell. enucleat. libr. 6. c. 8. lit. E. in not. Treutler. d. disputat. 20. th. 5. lit. D.* Hunn. *variar. resolut. 2. tract. 5. q. 4.*

8. Cæterum * contrariam sententiam, quòd scil. contractus vel quilibet actus in testamento simpliciter fieri possit, communiter in Praxi observari; tradit Hieron. d. Cavall. in specul. aur. commun. opin. q. 140. n. 5. & q. 475. atq; * secundum eam Scabiosos Lisperenses aliquando judicasse, testatur Andr. Schæffer, in quest. jur. practicab. p. 3. q. 27. Verum Michael Grassus recept. sentent. §. Testamentum q. 60. n. 2. non aliter sententiam hanc admittit, nisi contractus aliquo modo ad testamentum pertineat: & sic communem Dd. sententiam accipit & intelligit.

De MILITARI TESTAMENTO.

T I T U L U S. XI.

Controversia I.

Hodierni milites jure militari rectè testantur.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. & 3.

Obiectio. n. 4. & 5.

Solutio. n. 6. 7. 8. 9. & 10.

1. **P**rivilegia * militaria concessa fuere olim militibus, propter nimiam eorum circa leges Imperitiam, l. quanquam 3. C. h. r. & quòd in expeditione occupati pro Reipublicæ defensione pericula vitæ & cujuslibet infortunii subirent. Atquin * & hodierni milites legum sunt imperiti, & non minùs pro Reipublicæ tuitione pugnant, multaque & vitæ & corporis pericula subeunt; quàm olim milites Romani. Privilegiis * igitur militaribus quoque gaudebunt jureq; militari testari poterunt.

4. Non * obstat: quòd solennitates istæ Romanæ eligendi & assumendi milites, de quibus in l. stigmata C. d. Fabricens. libr. 11. hodie

die in defuetudinem abierint ; Ergò * videatur privilegia militibus olim concessa hodiernis militibus non competere. Etenim * solennitates istæ nequaquam causa & ratio fuere privilegiorum militarium ; sed potius militum circa leges imperitia , Reipublicæ utilitas & expeditionis necessitas : quæ * rationes horū privilegiorum militarium in hodiernis quoque militibus obtinent. Exinde * igitur omninò consequitur & privilegia militaria iis competere : nam * ubi eadem ratio est , ibi quoque eadem juris dispositio obtinere & valere debet. Et * deinde nec hodierna legendi recipiendique milites planè diversa est ratio : matriculis enim inscribuntur & Sacramento adstringuntur, æquè ac olim milites Romani. Geil. 2. *observat.* 118. n. 1. & 2. Michaël Grass. *recept. sentent. §. substitutio.* q. 66. ubi hanc sententiam communem dicit. D. Bocer. d. *bell. & duell.* c. 28. Gæddæ. d. *contrah. & committ. stipulat.* c. 7. conclus. 17. n. 300. Vaud. *libr. 1. quest.* 54. Hunn. *in resolut. ad Treutler.* p. 2. *disput.* 10. th. 6. lit. B. Anton. d. *Gamm. in decision.* Lusitan. 365. n. 2. Hillig. *in Donell. enucleat. libr. 6. c. 28. lit. N. in not.*

Controversia II.

Milites limitanei sive stationarii jure militari testari nequeunt.

Summaria.

Quæ opinio stabilitur. n. 1. & 2.

Obiectio. n. 3.

Solutio. n. 4. & 5.

Limitatio. n. 6.

Alia limitatio. n. 7.

Beneficium * sive privilegium jure militari testandi ita datum est militibus, quatenus in expeditione sunt occupati & in castris degunt; *pr. h. t. l. testamenta* 26. ff. d. *testam. milit.* idcirco * idem beneficium minimè sibi vindicabunt milites stationarii sive limitanei: cum neque in expeditione sint occupati neque in castris degant.

Quamvis * verò & hi milites jurium imperiti habeantur ; tamen alios peritiores consulere possunt. Etenim * sola legum imperitia non efficit, ut jure militari testari quis possit : siquidem * missi etiam & veterani legum peritiam non habent ; & tamen jure communi testari necesse habent : quippe & hi peritiores consulere possunt.

sunt. pr. h. t. versic. illis autem temporibus. l. ult. C. d. restit. milit. Viglin §. illis autem temporibus. n. 2. h. t. Zas. consil. 6. n. 20. vol. 1. Geilius 2. observat. 118. n. 13.

6. Veruntamen * duplex Reinhardi Bachovii distinctio p. 2. disp. th. 6. lit. C. neutiquam contemnenda videtur: ut si in limitibus nullâ factâ pace excubent limitanei milites, & si excubent tanquam in castris & locis hostium invasioni obnoxii, beneficio hoc jure militari testandi omnino gaudeant. Quod * etiam inclinare videtur Paponius d. testament. milit. not. i. in fin. ubi illos milites stationarios jure militari testandi non gaudere censet, qui per provincias Regni pacis tempore distributi sunt.
- 7.

Controversia III.

Militis testamentum censetur etiam illud, quod ante militiam factum est; licet constante militia resignatum non sit.

Summaria.

Testamentum hoc ad militare testamentum reverâ non pertinet. n. 1.

Ex justa tamen interpretatione jure militari valet. n. 2.

Limitatio. n. 3. & 4.

Hotomanni & Antonii Matthæi sententia, antinomiam hîc statuentium, improbat. n. 5.

1. **Q**uamvis * tale testamentum ad privilegium militare reverâ
2. non pertineat; l. Tribunus 20. in fin. ff. h. t. tamen * ex justa inter-
3. pretatione itidem jure militari valebit: dummodò * declaraverit te-
4. stator, quod velit testamentum, quod antè fecerat, valere. l. Titius 25. §. 2. ff. eod. tit. Præsumitur * autem hoc, nisi contraria militis volun-
5. tas appareat. l. in fraudem 15. §. testam. 2. d. t.

Quare * minimè hîc audiendi erunt Hotomannus ad h. t. enun-
ciat. 1. & Anton. Matthæus, antinomiam inter dictos textus sta-
tuentes. D. Rümelin. exercit. 8. th. 7. lit. lit. A.

QUI-

QUIBUS NON EST PER- missum facere testamentum.

TITULUS XII.

Controversia I.

*Filius familiars super peculio adventitio, cujus
ipse usufructum habet, testari nequit.*

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. usq. ad n. 14. inclus.

Objectio. ex l. ult. §. 5. C. d. bon. quæ liber. n. 15.

Solutio. n. 16.

Objectio ex Novell. 117. c. 1. §. 1. n. 17.

Solutio. n. 22. 23. & 24.

Objectio ex l. pen. C. d. bon. quæ liber. n. 25.

Solutio. n. 26. & 27.

Ampliatio. n. 28. & 29.

Limitatio. n. 30.

Sententia nostra communis est. n. 31.

QUOD * filius familiars super peculio hujusmodi adventitio te-
stamenti factionem non habeat ; liquet ex l. pen. C. qui
testament. fac. possunt ubi sanxit Justinianus : filiis familiars , su-
per iis bonis, quæ parentibus adquiri non possunt, testamenta
facere permissum non esse. Hujusmodi * autem bona absque
omni dubio & imprimis sunt illa, in quibus filii familiars plenam ha-
bent proprietatem. Et * hoc verum esse ait Justinianus: sive filii-
familiaris sine sive cum patris consensu bona illa possideant. Unde
* constat. l. h. pen. de iis etiam bonis adventitiis loqui, in quibus fi-
liis familiars plenam habent proprietatem: illa * enim bona, quo-
rum proprietas duntaxat penes filios est, ipse pater tanquam usu-
fructuarius reverà possidet. Itidem * constat inde, minimè hîc di-
stingui debere, an qualitatem hanc ex se & natura sua habeant bona
adventitia, veluti si expressè ita relicta sint, ut juxta Novell. 117. pr.
plena proprietas penes filium familiars maneat; an verò ex acciden-
ti, veluti in casu l. ult. C. d. bon. quæ lib. patre hæreditatem repudian-
te: ut scil. de illis testari possit filiusfam. de istis non item. Namq;

7. * hereditatem si repudiet pater, utiq; filiusfamiliâs, si deat, cum
 8. consensu ejus eam possidet. Satis * perspicuè etiam sententiam no-
 stram probat *l. fin. C. qui test. fac. poss.* in qua constituit Justinianus:
 9. filiosfamiliâs super pecuniis quasi castrensibus tantummodò testa-
 10. menta ordinare posse: quomodò * certè excluduntur omnia alia
 11. peculia, siue usumfructum in iis habeat pater siue non, idque vocu-
 la taxativa *Tantummodò in d. l. ult.* evincit. Neque * est ut regerat
 quis hac ratione & castrensia peculia in *d. l. ult.* excludi. Etenim *
 12. de hisce nemo unquam dubitavit, quin filiifamiliâs testamenta su-
 13. per iis condere queant, cum hac de re textus habeamus satis mani-
 14. festos. Porro * firmatur sententia hæc ex *pr. b. t. & l. 3. C. qui testam. fac. poss.* in quibus textibus indefinitè constituitur, quòd filii fami-
 15. liâs testamenta condere non possint. Et * ratio est: quòd *L. 12. Ta- bular. patribusfamiliâs solùm testandi jus concesserit.* Itaque * fi-
 liisfam. in castrensi peculio & quasi non aliter permittere hoc po-
 tuerunt Imperatores, nisi statuendo, ut in iis pecuniis pro patribus-
 familiâs haberentur, quod in peculio adventitio, in quo filii fami-
 liâs plenam habent proprietatem, factum nusquam legitur.
 16. Verùm * objicitur hisce *l. ult. §. 5. vers. filiisfamiliâs &c. C. d. bon. quæ liber.* ubi filiifamiliâs in his casibus, in quibus ususfructus penes parentes est, donec vivant parentes, testari prohibentur. Ex quo à contrario sequi videtur: filiosfamiliâs in his bonis in quibus ususfructus penes parentes non est, testari posse. Respondetur: * præ-
 17. terquam quòd argumentum à contrario sensu contra textus mani-
 18. festos non procedat; in toto etiam §. allegato de peculio adventitio, in quo ususfructum habet pater, in propria & ordinaria natura sua agatur: nec quærat, in quibus pecuniis testari possint filiifamiliâs sed simpliciter; an in bonis adventitiis, qualia sunt ex natura sua.
 19. Objicitur * etiam *Novell. 117. c. 1. §. 1.* ubi filiisfamiliâs licentia permittitur, si perfectæ sint ætatis, licet sub potestate constituti, quoquo modo velint disponere. Sed * loquitur *d. c. 1. d. inter vi- vos dispositione*: quod firmat textus Græcus, qui habet non *ἀγα- πῆς*, sed *διοικεῖν*, quod administrare & dispositionem inter vivos significat. Et * deinde *d. c. 1.* mentionem facit curatoris, qui dan-
 20. dus sit minoribus, peculia talia habentibus; ideoque & hinc pla- num evadit *d. c. de inter vivos dispositione tractare*: quippe * qui annum complevit 14. etiam sine curatore testari potest.

Porro

Porro * objicitur *Novell. 22. c. 26. post. med. pr.* ubi proponitur filius de bonis adventitiis disponere, & dicitur maximè obtinere hoc in matre, id est matre superstite; ex quo consequi videtur, idem obtinere patre superstite. Verum * respondetur, in *d. c. 26.* ponendos esse terminos habiles, filii scil. emancipati. Aliàs * enim consequeretur, super peculio adventitio, in quo pater usumfructum habet, testari posse filium familiàs: quippe * agitur ibi de lucris nuptialibus, quæ certè quò ad proprietatem solùm ad filios; quò ad ipsum usumfructum verò ad patrem spectant.

Denique * objicitur *l. pen. C. d. bon. quæ lib.* Respondemus: * in *d. l. pen.* de illo peculio adventitio agi, quod filius familias sibi ex Principis donatione adquisivit. Et * prætereà in *d. l. pen.* peculii hujus adventitii & castrensis collatio in dominii plenitudine instituitur; non verò in testamenti factione. Bartol. in *l. pen. C. qui testam. fac. poss.* ubi opinionem hanc magis communem dicit. Clar. in *§. testament. q. 18.* Covarruv. in *rubric. d. testament. p. 3. n. 9.* & 28. Mich. Grass. in *§. testam. q. 23. n. 2.* Dauth. *d. testam p. 139.* & seqq. D. Bachov. *p. 2. disput. 10. th. 2. lit. C fol. 518.* & seqq. Hillig. *lib. 6. c. 5. lit. I. in not. Anton. Matth. hic fol. 142.* & seqq. Forster. *disput. 12. th. 12.* D. Ungepaur. *exercit. 8. q. 5.*

Quæ * sententia vera est, etsi cum consensu patris testari velit filius familias, ex ratione: quòd * testamenta ex alieno arbitrio pendere non debeant. Filius familias * tamen, uxorem qui duxit, testamentum indistinctè facere potest: cum eo ipso quòd duxit uxorem patriâ potestate liberatus sit. Francisc. *d. Barry. d. success. libr. 1. tit. 7. n. 5.* & 6.

De EXHÆREDITATIONE liberorum.

TITULUS XIII.

Controversia I.

Bbb 2

Filius

21.

22.

23.

24.

25. 26.

27.

28.

29.

30.

Filius ob causas graviores vel similes Novell.
115. c. 3. expressis exheredari potest.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Objectio ex Novell. 115. c. 3. pr. n. 6.

Solutio. n. 7. & 8.

Objectio ex c. odia 15. d. R. I. in 6. n. 9.

Solutio. n. 10. & 11.

Sententia nostra communis est & practica. n. 12. 13. & 14.

Atque statuto Wirtembergico comprobata. n. 15.

1. **C**ontroversia * hæc non adeò magnam videtur habere difficul-
 2. tatem. Quandoquidem * in tit. 34. c. 1. §. 1. lib. 2. feud. constitu-
 tum legitur: quia natura semper novas deproperet edere formas,
 multis modis contingere possit, ut aliæ emergant causæ, quibus
 videatur justè adimi posse feudum; ideoque judex solers & discre-
 3. tus cuncta subtiliter dispensans providere debeat, si quæ antiquio-
 4. ribus causis fuerit similis vel major. Quid * ni igitur etiam in exhæ-
 redationis causa idem facere posset judex? absurdum * enim esset
 & à juris rationis alienum, si pater ob causam ingratitudeis ma-
 jorem vel similem in d. Novell. 115. expressis filium suum exheredare
 non posset.

5. Neque * obstat d. Novell. 115. c. 3. circ. fin. pr. ubi sanxit Justinia-
 nus: ut nulli ingratitudeis causas, præter in d. Novell. comprehen-
 6. sas, alia ex lege opponere liceat. Et subjicit Justinianus: *Causas au-*
tem ingratitudeis has esse decernimus &c. Nam * respondetur: quòd
 7. dicantur hæc à Justiniano oppositivè ad causas ingratitudeis levio-
 res. Olim * ex levioribus etiam causis fieri solebat exhæredatio:
 quod correxit hîc Justinianus, dignasque exhæredationis causas ex-
 pressit; alias tamen graviores & similes minimè exclusit.

8. Illud * verò levidense est: in odiosis & pœnalibus extensionem
 9. licitam non esse. c. odia 15. d. R. I. in 6. Nam * & in odiosis ac pœ-
 10. nalibus ex rationis identitate extensionem interdum fieri posse;
 consuluit Decianus respons. 31. n. 43. & 47. vol. 1. Quin * odiosum non
 est, sed justum & favorabile, ingratum filium ab hæreditate paterna
 11. excludi; id verò odiosissimum est, patrem cogi, ut impio filio & in-
 digno bona sua relinquere coactus sit. Et * hanc esse communem
 Dd. sententiam; referunt Gomef. variar. resolut. 11. n. 13. Simon de

Prætis:

Præcis libr. 3. d. interpret. ultimar. voluntat. vol. 1. dub. 6. n. 5. Soarez. in thesaur. recept. sentent. verb. exheredatio n. 205. Covarruv. inc. Raymutius in pr. n. 16. d. test. Pinell. ad tit. C. d. bon. matern. in rubric. p. 2. n. 27. Vigil. in §. mater vel avus instit. h. t. Vasqu. d. success. progress. §. 17. d. substit. exemplar. n. 101. Michael Grass. recept. sentent. q. 42. n. 2. Verissimam * & receptissimam testatur Fachinæus, libr. 6. contr. c. 78. & * in praxi tenendam esse, monet Clarus recept. sentent. §. testam. q. 41. n. 2. Eandemque * jus nostrum Wirtembergicum per expressum comprobatur. Fürstl. Wirtemb. Landr. p. 3. tit. 17. §. ferretur. pag. 395. & sequuntur Geilius 2. observat. 95. n. 17. Speckhan. cent. 1. q. 96. Besold. in delib. libr. 5. c. 26. Schneidevvin. ad pr. h. t. n. 14. Bachov. p. 1. disput. 13. th. 8. lit. C. Hillig. in Donell enucleat. libr. 6. c. 12. lit. L. Ungepaup exercit. 8. q. 7.

12.

13.

14.

Controversia II.

Posthumus adhuc hodie exheredari posse videtur.

Summaria.

Si sententia hæc secundum fundamenta juris disputetur, vera ea videtur. n. 1.

Rationes. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Obiectio ex Novell. 115. c. 3. pr. §. 14. n. 9.

Solutio. n. 10. & 11.

Alia obiectio. n. 12.

Solutio. n. 13. 14. 15. & 16.

Contraria sententia communis est. n. 17.

Controversiam * hanc si ex fundamentis juris exanimare velimus, statuendum videtur, adhuc hodie exheredari posse posthumum. Nam * olim exheredari eum potuisse, dubium habet nullum. t. t. ff. d. liber. ex posthum. hered. instit. l. posthumus 6. ff. inoffic. testament. l. posthumi 3. ff. d. injust. rupt. irrit. & c. Cum * autem correctum hoc nusquam reperiatur; itaque antiquæ juris dispositioni merito standum est. l. precipimus 32. C. d. appellat. l. sancimus 27. C. d. testament. Huc * etiam non parum conferunt d. Novell. 115. c. 3. versic. si autem hæc observata non fuerint, illa verba: testamento evacuato, & illa, & tanquam in hoc non rescissum obtineat testamentum, & c. Ex * quibus verbis colligitur: testamentum, in quo exheredationis causa non expressa vel insufficiens est, rescindi posse & e-

1.

2.

3.

4.

5.

6. vacuari. Nullum * igitur dici non potest : quippe quod nullum
 7. est rescindi nequit. *l. nam & si s. d. instit. rupt. irrit. & c.* Et * hæc be-
 8. nignior quoque est sententia : cum pro conservatione supremæ vo-
 luntatis faciat. Neque * nocet posthumus : potest enim non na-
 sci posthumus, vel nasci & querelâ nondum præparatâ mox dece-
 dere ; vel si supervixerit, inofficiosi querelam instituere.
9. Non * obstat *d. Novell. 115. c. 3 pr. §. 14. versic. si autem hac obser-*
vata non fuerint : ubi nullum injustè exhæredatis liberis præjudiciû
 10. generari traditur. Etenim * ubi absque causa exhæredatus est post-
 humus, inofficiosi querelam instituere potest, quâ institutâ post-
 modû res ad eum statû redigitur, ac si posthumus exhæredatus non
 11. fuisset : quomodò * sanè ei nullum generari videtur præjudiciû.
12. Neq; * obstat quoq; , quod vulgò adfertur : nullam ingratitu-
 13. dinis causam in posthumum cadere posse. Etenim * respondetur ne-
 gando consequentiam : siquidem non sequitur, nullam ingratitu-
 dinis causam committere potest posthumus ; Ergò exhæredari
 14. non potest. Sed * hoc benè exinde sequitur : Ergò testamentum,
 in quo injustè exhæredatus est posthumus, per inofficiosi querelam
 15. rescindi potest. Verùm * si vel non natus fuerit posthumus, vel na-
 tus & inofficiosi querelam non instituerit ; hæredes scripti in testa-
 16. mento procul dubio succedent. Nam * quòd hac in re diffetentia
 sit inter posthumum & natum filium exinde manifestiùs constat :
 quòd posthumus præteritus in testamento rumpat testamentum ;
 filio nato verò præterito nullum sit testamentum. *Alciat. paradox.*
libr. 4. c. 10. Fachinæ, libr. 4. controv. c. 9. Hillig. in Donell. enucleat. libr.
6. c. 13. lit. E. in not.
17. Verùmenimverò * quamvis hæc de jure ita se habere videan-
 tur ; tamen communis Dd. opinio in contrarium est, quæ procul
 dubio in Foro practicatur : quam defendunt Bartol. in *l. si quis in*
suo § legis C. d. inofficios. testament. & ibi Fulgos. Valsq. d. success. creat.
§. 20. n. 191. Mynsing. in §. posthum. h. t. n. 7. Crass. in §.
testamentum q. 42. n. 14.

* *

Controversia III.

*Præteritio matris aviq; materni adhuc hodie
pro exhæredatione habenda esse videtur.*

Summaria.

Fundamentum hujus sententiæ. n. 1. & 2.

Bachovii contraria sententia. n. 3.

Cujus argumento respondetur. n. 4. 5. 6. 7. 8. & 9.

Contraria sententia communis est. n. 10.

Secundum hanc communem diversitas quædam est inter patris & matris præteritionem. n. 11.

QUOD * præteritio matris aviq; materni exhæredationis loco sit & ideò testamentum non reddat ipso jure nullum, sed per inofficiosi querelam rescindi debeat; firmatur ex §. *h. fin. junct. pr. instit. d. inoffic. testament.* Atquin * nec hoc jure novo correctum legitur.

In * contrariam tamen sententiã ire non dubitavit Bachov. *p. 1. disp. 13. th. 1. lit. B.* hac motûs ratione: quòd præteritioni maternæ & exhæredationi paternæ eandem formam præscripserit Justinianus; ut igitur ob exhæredationem non ritè factam testamentum ipso jure sit nullum, ita etiam ob præteritionem maternam. Verum * respondemus nos Bachovio per inversionem: Quemadmodum testamentum, in quo filium injustè exhæredavit pater, ipso jure subsistit; sic etiam testamentum, in quo mater filium præteriit. Major * propositio ex argumento Bachovii evidens est. Minor * inde patet: quòd in *c. 3. Novell. 115.* testamentum tale paternum nusquam nullum pronuncietur, quin * testamentum hoc in *d. c. 3.* rescindi & evacuari dicitur, quod certè validitatem ejus præsupponit. Qua * sententiã admittenda sequeretur etiam: inofficiosi querelam sublatam, vel usum ejus perexiguum esse hodie, neque locum habere, nisi ubi ingratitude causa eaq; injusta testamento inserta esset. Quod * tamen nec verisimile est, nec credibile: quippe nam inofficiosi querela tot titulis celebrioribus tam in Digestis & & Codice, quàm in Institutionibus commendata est, quam ideò absque manifesta correctionis nota haud sustulisset Justinianus Imperator, si eam vel penitus abrogare, vel etiam usum ejus minuere voluisset.

Cæterum

10.

11.

Cæterum * licet sententia hæc ex jure defendi ita possit; ramen contrariam sententiam Dd. communiter sequuntur. In * hoc autem diversitas est inter patris & matris præteritionem; quòd, quando pater præteriit liberos, nullum sit testamentum, etiamsi causa præteritionis inserta sit testamento; quando verò mater vel avus maternus præteriit liberos suos vel nepotes insertâ causâ præteritionis; testamentum nullum non sit, sed per inofficiosi querelam rescindi debeat. *Corneus consil. 115. lit. A. vol. 2. Clar. recept. sentent. §. testam. q. 42. per tot.*

Controversia IV.

Legata ex testamento, ex causa præteritionis paternæ nullo, non debentur.

Summaria.

Ex testamento imperfecto & minùs solenni legata non debentur. n. 1.

Idem de testamento nullo statuendum videtur. n. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Objectio ex *Novell. 115. c. 1. & auth. ex causa C. d. liber. præterit. n. 8.*

Solutio. n. 9. 10. 11. & 12.

Contraria sententia communiter recepta est. n. 13.

Limitatio communis hujus opinionis. n. 14.

Limitationis ampliatio. n. 15. 16. & 17.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

EX * testamento imperfecto & minùs solenni nec legata deberi nullam dubitationem habet. *Gloss. in auth. ex causa C. d. liber. præterit. ibiq.* Bartol. & Dd. Illud * verò majorem habet dubitationem, an ex testamento, ex causa præteritionis paternæ nullo, legata debeantur? Sed * idem & hîc statuendum videtur: quòd enim ante *Novellas constitutiones* sententia hæc obtinuerit; apparet ex *§. ante hæredis 34. instit. d. legat. l. fin. ff. d. jur. codicill. l. pen. ff. d. his quæ in testament. delent.* Cum * igitur hoc correctum nullibi reperiatur; consequitur idem juris & hodie obtinere. *arg. l. precipimus 32. C. d. appellat. & l. sancimus 27. C. d. testament.* Accedit: * quòd nemo partim testatus partim intestatus decedere possit. *l. jus nostrum 7. ff. d. R. I.* At * testatus & intestatus decederet defunctus: si legitimi hæredes ab intestato hæreditatem vindicarent, & legatarii legata ex ipso testamento caperent. Durissimum * etiam esset, *Novell. 115. in liberorum favorem editam* in odium eorum detorquere.

Neque

Neque * obstat *d. Novell. 115. c. 3. in fin. & d. auth. ex causa C. d. liber. præterit.* in qua traditur: ex causa exhæredationis vel præteritionis irritum esse testamentum quantum ad institutiones, cætera firma permanere. Respondetur enim: * quod *d. Novell. & d. auth. de præteritione matris avique materni intelligenda sint*, quorum præteritio pro exhæredatione habenda est, sicut hoc in præcedenti controversia fuit probatum, ideoq; testamentum illorum ex causa præteritionis nullum non est, sed rescissione indiget. Quod * exprimitur in *d. c. 3.* dum habetur *ibidem: legata, fideicommissa, libertates & tutorum dationes præstari, tanquam in hoc rescissum obtineat testamentum.* Ergo * de testamento quod nullum est non agitur: in *d. Novell. c. 3.* quod * enim per se nullum est, id rescissione opus non habet. Tiber. Decian. *respons. 46. n. 24. vol. 2.* Hillig. in *Donell. enucl. libr. 6. c. 13. lit. F. in not.*

Verum enim verò, * quamvis & hæc sententia, sicut illa in præcedenti controversia, juris fundamentis sit suffulta; tamen contraria sententia à Dd. communiter recepta est. Gloss. & Dd. in *d. auth. ex causa Paris. consil. 60. n. 8. & seq. & n. 19. cum seq. vol. 2.* Geil. 2. *observat. 113. n. 1.* Quam * tamen communem Dd. opinionem limitat Bartolus, *d. l. Geil. d. l. n. 2.* & Michael Grass. *recept. sentent. §. legatum n. 3.* in filio ignoranter præterito: quo casu dicunt, legata ex tali testamento non deberi: etiamsi * clausula codicillaris ei adjecta fuerit. Quid * enim codicillaris clausula operari hîc posset, cum non in solennitatis, sed voluntatis quæstione versemur? præsumptio * namque est, quod, si scivisset testator se filium habere, eum non præteriisset.

De HÆREDIBUS INSTI tuendis.

T I T U L U S XIV.

Controversia I.

Ccc

Liberi

Liberi sub conditione si sine liberis in testamento positi, ab intestato vocati censentur.

Summaria.

Decisio hujus controversiæ effectum permagnum habet. n. 1. & 2.

Fundamenta sententiæ nostræ. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.

Objectio ex l. Lucius 85. ff. d. hered. inst. n. 13.

Solutio. n. 14. & 15.

Sententia nostra communis est & practica. n. 16. 17. & 18.

Ejus limitatio. n. 19. 20. 21. & 22.

1. **A**rdna * est controversia hæc, cujus decisio effectum habet per-
2. magnum. Si * enim ex testamento vocati dicantur liberi,
3. bona hæreditaria neque alienare potest hæres scriptus, neque super
4. iisdem disponere; sin verò ab intestato, ea & alienare & super iis
5. disponere minimè prohibetur. Equidem * liberos, sub conditio-
6. ne si sine liberis in testamento positos, non ex testamento sed ab in-
7. testato vocatos censeri; probat l. 1. C. d. pact. ubi rescribitur: pactum
8. patris, sub conditione si sine liberis fideicommissio gravati, super
9. fideicommissi alienatione validum esse. Ex * quo consequitur,
10. ex testamento vocatos non fuisse liberos; aliàs enim pater super fi-
- deicommissio hujusmodi tanquam re restitutioni obnoxia in libe-
- rorum præjudicium pacisci haud potuisset l. ult. §. 2. & 3. C. comm.
- d. legat. Probat * etiam hoc l. 114. §. 33. ff. d. legat. 1. in qua dicitur:
- fideicommissum hujusmodi non aliter ad liberos pervenire posse;
- quàm si patri hæredes extiterint. Quòd * si ex testamento vocati
- essent, repudiata etiam hæreditate fideicommissi persecutionem
- haberent. Porro * facit huc l. jubemus 6. pr. C. ad Trebell. ubi hæc
- ut diversa invicem opponuntur: si quis hæreditatem sine liberis de-
- cesserit restituere rogatus sit; & si quis rogatus, liberis hæredita-
- tem restituere. Item * l. 17. §. 5. ff. ad Trebell. in qua respondet Ul-
- pianus: quòd, hærede deportato, liberi ante deportationem con-
- cepti & nati deficere faciant conditionem si sine liberis, & ideò fi-
- sco vindicetur fideicommissum; post deportationem verò nati im-
- pleri faciant conditionem si sine liberis, sicque fideicommissum ad
- substitutum pertineat. Ex * testamento igitur vocati non sunt li-
- beri; aliàs enim ante deportationem concepti & nati non prodes-
- sent fisco, sed enim tanquam fideicommissarii excluderent. Cæte-
- rum * sententiæ nostræ ratio est solida: quòd regulariter nihil dispo-
- nat

nat conditio; *l. si quis 8. ff. si quis omiff. caus. test.* Namq; * nihil aliud est conditio quàm privatio, ideò adscripta, ut existens deficere faciat fideicommissum; non ut novo patrē obstringat fideicommissio: neq; * enim citra verba temerè inducendum fideicommissum & ex uno duplex faciendum est. Anton. Fab. *conject. 14. c. 2. & error. 1.*

Quibus * non obstat *l. Lucius 85. ff. d. hered. inst.* in qua dicitur: substituto non solùm fratrem prætulisse testatorem, sed etiam fratris liberos. Etenim * prætulit quidem testator in *d. l. 85. liberos hæredis instituti*; hoc tamen non dicitur ibidem, an ex testamento prætulerit eos, an verò ab intestato. Quare * dicendum: jus legitimarum hæreditatum inter liberos in *d. 85.* conservare voluisse testatorem, cujus argumentum satis luculentum præbent *l. 77. pr. ff. ad Sc. Trebell. & l. 37. ff. d. vulg. & pupill. subst.* Glossa in *d. l. 85.* Treutler. *p. 2. disput. 11. th. 3. lit. D. ibiq; Bachov. & Hunn. Forster disput. 12. th. 16.* Et * hanc veriore & crebriore esse Dd sententiam, ait Antonius Faber, in *C. ad tit. d. fideicom. definit. 1. receptiorem ** & rebus judicatis sæpè firmatam, dicit Duarenus, ad *tit. ff. d. hered. instit. c. 5. communem ** & in Camera secundùm eam in causa quadam ardua esse judicatum; testatur Geilius. *2. observat. 136. n. 18.*

Cæterùm * si conjecturæ adessent: quòd testator filiis positus in conditione *si sine liberis* prospicere voluerit, tum illos ex testamento vocatos esse dicendum est. Quod * procedit non solùm hæredibus institutis non extraneis, descendentes scil. sed etiam collateralibus sive extraneis institutis: veluti contra Julium Clarum in *§. testamentum q. 77.* inter descendentes & collaterales distinguentem rectè sentit Michael Grassus in *§. fideicommissum. q. 13.* Hoc * tamen discriminis hîc subesse putaremus inter hæredes institutos descendentes & extraneos sive collaterales: quòd illis institutis leviores sufficiant conjecturæ, quàm extraneis institutis: nimirum propter votum parentum, bona sua in linea sua ut manerent optantium, de quo non ita sollicitus est testator, extraneos hæredes in testamento suo instituens: ut * adeò præsumptio juris naturalis descendentes institutis cum aliis conjecturis concurrat, & sic faciliùs hîc conjecturæ admittantur, quàm extraneis hæredibus institutis. *Vid. & Grass. d. l. circ. fin.*

Controversia II.

In re certa institutus interdum hæredis, interdum verò legatarii loco habetur.

Summaria.

An in re certa institutus hæredis an legatarii loco sit habendus, magnum effectum juris habet. n. 1.

Quod exemplis probatur. n. 2. 3. 4. 5. & 6.

Doctores communiter in controversia hac distinguunt. n. 8. usq. ad n. 18. inclusive.

Antequam adeatur hæreditas, in re certa institutus mixtæ & mediæ est naturæ inter legatarium & hæredem. n. 19. 20. & 21.

1. **M**ultum * refert scire, num in re certa institutus hæredis, num verò legatarii loco habendus sit: propter varios & diversos juris effectus. Nam * qui hæres est, actiones activè & passivè excipit; legatarius autem rem legatam absque onere habet. Qui * hæres est, rerum hæreditariarum non ipso jure dominus fit; legatarius rectâ viâ dominium rei legatæ consequitur. Qui * hæres est, rerum hæreditariarum possessionem propriâ autoritate apprehendere potest; legatarius rem legatam à manu ipsius hæredis accipit. Qui * hæres est, Falcidiam non patitur; at legatarius eam patitur. Qui * hæres est, si ostendat testamentum non cancellatum, ex Edict. Divi Hadriani &c. in rerum hæreditariarum possessionem à judice statim mittendus est; non autem legatarius. In hærede quoque jus adcrescendi obtinet; quod in legatario locum non habet.
7. Sanè * in controversia hac ita communiter distinguere solent.
8. Dd. Aut * in re certa institutus solus ita scriptus est; aut verò datus ei cohæres, sive simpliciter sive ex parte aut quota aliqua institutus. Priori * casu juris autoritate detractâ rei certæ mentione, perinde habetur; ac si simpliciter facta fuisset institutio: l. 1. §. si ex fundo 4. ff. h. t. l. si ita 74. eod. quippe * nemo partim testatus partim intestatus decedere potest. l. jus nostrum 7. ff. d. R. I. Idemque * obtinet pluribus in rebus certis institutis, qui æqualiter succedunt; ut tamen quilibet rem, in qua institutus, præcipui loco habeat. l. quotiens 9. §. si duo 13. l. 10. ff. h. t. Posteriori * casu rursus distinguitur: Aut hæreditatem adiit cohæres: & verissima est sententia, in re certa institutum legatarii loco esse. l. quotiens 13. C. h. t. Sed excipitur hic
- 13.

hic casus, ubi filius in re certa hæres institutus fuit, qui ad hunc effectum, ne præteritus videatur, & in odium inofficiosi querelæ, hæredis loco habetur. *Novell. 115. c. 5. pr. Francisc. d. Barry. d. success. libr. 2. tit. 1. n. 6.* Altero * membro, si hæreditatem non adierit cohæres datus, rursus duplex occurrit inspectio. Aut * enim tempore testamenti facti sive mortis non fuit superstes cohæres; aut verò post mortem testatoris demum defecit. Priori * casu faciliùs ut hæres admitti posset in re certa institutus. Posteriori verò casu difficiliùs admittetur: cum mortis tempore cohæres adsit universalis; * ideoq; in re certa institutus statim habet & assumit legatarii naturam, quæ ex accidenti, quòd alter postea repudiaverit hæreditatem, mutari non posse videtur. Verùm * licet hæc subtiliter ita disputentur; tamen Dd. communiter placuit: taliter institutum cohærede vel mortuo, vel repudiante hæreditatem, tempore aditæ hæreditatis hæredis loco haberi. Antequam * verò adeatur hæreditas, cum dubium sit, an cohæres aditurus vel repudiaturus sit hæreditatem, in re certa institutum mixtæ & mediæ naturæ inter legatarium & hæredem esse Dd. quoque statuunt. Et * quidem rei intuitu pro legatario habetur; intuitu verò personæ pro hærede: atque * adeò non ipso actu, sed potentia interim hæres est. Bartol. in *l. ex facto 2. ff. d. hæred. instit.* & in *d. l. quotiens C. eod. tit.* Alexand. Jason. & Sychard. *ibid. per tot.* Dauth. *d. testam. pag. 48. n. 43.* Gomes. *variar. resolut. tom. 1. c. 2. in fin.* Francisc. d. Barry. *d. t. 1. n. 7.* Mich. Grass. *libr. recept. sentent. §. hæreditas q. 3. per tot.* Donell. *6. comment. c. 18. ibiq;* Hillig. Fachin. *4. controvers. c. 15.* Bachov. *p. 2. disput. 12. th. 1. lit. A. pag. 689. & seqq.*

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

Controversia III.

Testator jus ad crescendi in testamento suo prohibere potest.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Obiectio. n. 7.

Solutio. n. 8. & 9.

DE * eo acriter controvertitur inter Doctores nostros, an jus ad crescendi testator prohibere possit in testamento: ut si exempli causâ hæredem in re certa instituerit & alia bona sua ad eum

12.

2. pertinere negaverit, vel prohibuerit, an non obstante illâ prohibitionē, hæres scriptus in universa bona testatoris succedat? Et * verò quòd jus accrescendi locum hîc non habeat; probatur per textum apertum in *l. quotiens 9. §. si duo 13. ff. h. t.* ubi respondet Ulpianus J.C. quòd si duo sint hæredes instituti, unus ex parte tertia fundi Cornelianî, alter ex bese ejusdem fundi, detractâ fundi mentione quasi sine partibus hæredes scripti hæreditate potiantur, modò voluntas patrisfamiliâs manifestissimè non refragetur. In quo textu detractâ rei certæ mentione bona relicta adcresecunt alteri: si testatoris voluntas non repugnet. Atquin * in nostro casu voluntas testatoris utique repugnat, qui adcresecendi jus ex præsupposito expressè prohibuit. Quò * facit quoq;: quòd testatoris voluntas attendi & ante omnia servari debeat. *l. in conditionibus 19. ff. d. condit. & demonstrat.* Et * facit: quòd ubi in testamentis & ultimis voluntatibus perplexitas aliqua sive repugnantia occurrat; illa vitietur & causa ad intestati causam reducatur. *l. si Titius 16. ff. d. condit. instit.*
- 3.
- 4.
- 5.
6. At * verò in nostro causa perplexitas & repugnantia aliqua occurrit: cùm testator in re certa institutionem fecerit & tamen ex adverso voluerit, ne reliqua hæreditatis suæ bona haberet institutus, prohibendo jus accrescendi: & sic in effectu partim testatus partim intestatus contra juris Regulam in *l. jus nostrum 7. ff. d. R. I. decederet.*

7. Proinde * minimè obstat adducta illa juris Regula in *d. l. jus nostrum 7.* quòd hoc casu testator partim testatus partim intestatus minimè decedat: cùm * causa hæc ad causam intestati reducatur, & eo casu legitimi hæredes ab intestato tacitè rogati censeantur à testatore, aditâ hæreditate partes in testamento relictas in re certa scriptis hæredibus ex fideicommissi causa præstare. Sic * enim ultima testatoris voluntas custoditur & juris regula in salvo manet. Quam sententiam nostram defendit Bartol in *d. l. quotiens ibidemq;* Bald. Castrenf. aliq; Dd. & idem Bartol. in *l. pen. ff. d. injust. rupt. col. 1. n. 1. & in l. quotiens 13. C. h. t.* ubi opinionem hanc magis communem dicit. Anton. Gomes. *variar. resolut. tom. 1. c.*

10. n. 10. & 11. Vigli. ad §. 5.

h. t. n. 8.

De VULGARI SUBSTITUTIONE.

TITULUS XV.

Controversia I.

*Pater, filio familiâs hereditatem repudiante,
substitutum excludit.*

Summaria.

Quæ opinio probatur. n. 1. 2. 3. & 4.

Obiectio. n. 5.

Solutio. n. 6. & 7.

SAnxit * Justinianus: in l. ult. C. d. bon. quæ lib. §. 1. filio hærede instituto & hereditatem adire nolente ipsum patrem eam adire posse. Et * in §. subseq. 2. ait: quod tali casu perinde sit, ac si ipse pater hæres institutus fuisset. Et * ergo sequitur: sicut ipse filius substitutum excludit; ita & pater ejus. Præterea * facit, quod institutio illa, si hæres non erit &c. in persona etiam filii familiâs hunc habeat sensum, si neque ipse hæres erit neque alium patrem sc. hæredem fecerit. §. fin. h. t.

Objicitur: * quod testatoris voluntas observari & legis dispositioni præferri debeat. Sed * respondetur: nihil hîc fieri contra testatoris voluntatem, quin imò substitutum ex testatoris voluntate excludit Pater, qui à testatore quoque institutus censetur. d. §. 2. Et * deinde testator patrem neque expressè exclusit: licet enim substitutum dederit, tamen juri communi in dubio conformare se voluisse præsumitur. Grass. §. substitutio q. 9. n. 4.

Controversia II.

*Vulgaris substitutio suo hæredi facta tollit &
suitatem & ex necessario hærede voluntarium facit.*

Sum-

Summaria.

Qui nam sint sui & necessarij hæredes. n. 1. 2. & 3.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 4. usq; ad n. 17. inclusive.

Antonij Gomesii & Reinhardi Bachovii contraria sententia, quò ad suitatis sublationem. n. 18. & 19.

Refutatio. n. 20. 21. 22. 23. & 24.

Per vulgarem substitutionem necessitas adeundi paternam hæreditatem remittitur. n. 25. & 26.

1. **S**uos * & necessarios hæredes dicit esse Justinianus Imperator in §. sui autem 2. instit. d. hæred. qualit. & different. filium, filiam, nepotem neptemque ex filio & deinceps cæteros liberos, qui in potestate morientis fuerunt. Ideò * verò suos illos vocat: quòd domestici sint hæredes & vivo quoque patre rerum paternarum domini quodammodò existimentur, quarum dominium post mortem patris in iis continuatur. l. in suis 11. ff. d. liber. ex posthum. hæred. instit.
- 2.
3. Necessarios * verò suos appellat Justinianus: quòd siue velint, siue nolint ex L. 12. Tabular. tam ex testamento quàm ab intestato hæredes fiant. Unde * controvertitur inter Dd. nostros, quòd si pater in testamento filium, qui in potestate est constitutus, hæredem instituerit & ei vulgariter ita substituerit: *Filius meus hæres esto, & si hæres esse vel noluerit, vel non potuerit, Sempronius hæres esto*: An per hanc vulgarem substitutionem non solùm suitas sublata, sed etiam necessitas adeundi paternam hæreditatem remissa intelligatur? Et sanè quod ad primam attinet quæstionem, suitatem * per hanc vulgarem substitutionem sublatam esse, nobis omninò persuasum est: per textum in l. si filius hæres 10. ff. d. liber. ex posthum. hæred. instit. ubi respondit Africanus JC. quòd si filius hæres institutus sit, omisso posthumo, filioque substitutus ex eo nepos, si interim moriatur filius posthumo non nato; nepos tam patri quàm avo hæres futurus sit. Quoniam * igitur non solùm patri, sed etiam avo succedit nepos; exinde consequitur, quòd sublata sit suitas: aliàs enim vi suitatis soli patri succederet & avitam hæreditatem jure transmissionis consequeretur. Itaque * deficiente transmissionis jure deficit ipsa quoque suitas, quæ causa est hujus transmissionis juris: cessante * enim præcipuo effectu, cessat quoque causa ipsa. 2. Adducitur * pro hac sententia nostra: quòd per dationem cohæredis extranei tollatur suitas & transmissio. l. apud Julianum 11. §. idem Julianus 1. ff. ad Sct. Trebellian. Ergò * multò potius per substituti vul-
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.

garis datione sinitas & transmissio tollitur: siquidem potentius est
 jus substitutionis, quàm jus accrescendi. *l. 2. §. si duo d. bon. poss. secund.
 tab. & l. unic. §. in primo & §. in secund. C. d. caduc. toll. 3.* Pro * sententia
 nostra pugnat textus in *d. l. unic. §. in novissimo* ubi rescribitur: quòd
 hæreditas non adita non transmittatur, nisi ex sinitatis potentia, &
 postea ibidem subjungitur: hæreditatem non aditam ad substitutū
 pertinere, nec transmitti. Exinde * sequitur: quòd per substituti vul-
 garis dationem sublata fuerit sinitas. 4. Pro * eadem sententia facit
 textus in *l. si ita legat. 65. §. illi si volet i. ff. d. legat. 1.* ubi respondet Ga-
 jus J. C. quòd, licet legatarius ipso jure transmittat legatum non ac-
 ceptum ad quoscunq; hæredes; tamen hoc ita intelligi debeat: nisi
 sub conditione *si voluerit* relictum fuerit. Ergò * & in præsentī casu
 filius amittit sinitatem & transmissionem per conditionem *si volue-
 rit* in substitutione vulgari indictam: cū hactenus nulla diversi-
 tatis ratio hīc appareat. 5. Pro * hac sententia nostra militat:
 quòd per substituti vulgari dationem transmissio in fideicommissis
 particularibus tollatur. *l. si legata C. d. legat. & ibi Dd.* Ergò * trans-
 missio ex sinitatis jure orta eodem modo quoque tolletur. 6. Pro
 * eadem sententia fortissimè militat: quòd sinitas hunc præcipuè
 operetur effectum, ut filius ipso jure sit hæres & dominium rerum
 paternarum in eo continetur: qui effectus hīc omninò sublatus
 est & deficit. Ergò & deficit ipsa causa, quæ est sinitas.

Verum * objicit hīc Gomesius *variar. resolut. tom. 1. c. 3. n. 15. &
 Bachov. p. 2. disput. 11. th. 7. lit. E. pag. 630.* quòd beneficium absti-
 nendi filiis à Prætorē concessum non tollat sinitatem & effectus e-
 jus, sed tantum necessitatem adeundi paternam hæreditatem remit-
 tat. Ergò * eodem modo videatur, vulgarem substitutionem à
 patre factam remittere quidem adeundi necessitatem non verò tol-
 lere sinitatem. Respondemus * Gomesio & Bachovio: quòd quidē
 Prætor abstinenti licentiam det filio, non verò jus sinitatis tollat;
 si tamen filius abstineat paternā hæreditate ipso suo facto tollat sui-
 tatem. Quia * enim dubium est, an hoc Prætoris beneficio usu-
 rus sit filius qui ipso jure hæres est, ideoq; nec sinitatem tollere po-
 tuit prætor, sed ipso facto filii per necessarium consequens ea tolli-
 tur: nimirum quando filius abstinet paternā hæreditate. Quomo-
 dō * namque filius qui suus esse non vult, sed abstinet paterna hæ-
 reditate eam transmittere poterit, quod ipse amplius non habet, sed

12.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23. ei renunciabit? Quoniam * igitur in presenti casu præcipui effectus tam naturales quàm civiles hujus fuitatis sublatis sunt, quid de fuitate reliquum erit? certè nihil nisi nudum nomen & umbra.
24. Naturalis * per factum abstentionis naturale sublata est & civilis similiter, quoniam transmissionis juri locus ampliùs esse non potest.
25. Et * ergò si fuitas per hanc vulgarem substitutionem sublata est, multo potiùs & necessitas adeundi paternam hæreditatem sublata erit.
26. Atque * hanc sententiam nostram defendunt Dd. communiter. Bartol. & communiter Dd. in d. l. si filius hæres Cyn. in l. precibus C. d. impub. & al. substit. Alexand. in d. l. si filius hæres. n. 3. ibid. Jason. Alex. Trentacinq. d. substit. p. 1. c. 14. Fachin. controuv. jur. libr. 4. c. 71. Mynsing. ad pr. h. t. n. 2. Vultej. ibid. n. 6.

De
PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

TITULUS XVI.

Controversia I.

Pater filio exheredato pupillariter substituere potest.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. & 3.

Objectio. n. 4.

Solutio. n. 5. 6. & 7.

Sententiæ hujus limitatio. n. 8. & 9.

Objectio n. 10. & 11.

Solutio n. 12. & 13.

Ampliatio. n. 14.

Quæ impugnatur. n. 15. 16. & 17.

Objectio. n. 18.

Solutio. n. 19.

Ampliatio communis est & in praxi recepta. n. 20.

Quod

QUOD * liberis exheredatis fieri possit substitutio; firmatur ex
 §. non solum 4. h. t. l. 1. §. substituere 2. ff. d. vulg. & pupill. substit.
 & l. fin. pr. ff. d. legat 3. Cujus * rei ratio est: quoniam per ex-
 heredationem non tollitur patria potestas, l. filium 20. pr. ff. d. bon.
 possess. contra tabul. vi * cujus pater liberis suis substituere potest. pr.
 h. t. l. 2. pr. ff. d. vulg. & pupill. substit.

Neque * obstat: quod absq; institutione non subsistere pos-
 sit substitutio. Namque * ubi liberis suis pupillariter substituit
 pater, duo quodammodo condit testamenta, vel potius unum dua-
 rum hereditatum: alterum liberis, alterum verò sibi. §. igitur 2. h.
 t. Et * ergo si paternum testamentum rite conditum est, & hæ-
 redis institutio in eo facta; tunc substitutio in tabulis pupillaribus
 facta institutione tabularum priorum sustinetur. Itaque * sub-
 stitutio hæc institutione non caret. Joh. Dauth. d. testament. p. m.
 514. n. 11. & seqq. Vincent. Fusar. d. fideicomm. substit. q. 118. num. 51.
 Vultej. ad pr. h. t. n. 9. Donell. 6. comment. 25. ibiq; Hillig. in not. lit.
 H. & I. Treutl. p. 2. disput. 11. th. 8. lit. E. Anton Matth. ad §. 4. h. t.
 p. m. 160.

Quando * igitur in paterno testamento institutio facta non
 esset; tum nec substitutio valeret: hæc * enim paterno testamen-
 to & institutioni in eo factæ tanquam fundamento suo innititur.
 Anton. Gomez. variar. resolut. c. 4. n. 4. t. 1. Guid. Pap. q. 529. Non *
 obstat etiam: quod impubes hodiè exheredari non posse videat-
 ur, siquidem hodiè liberi absque ingratitude causa exheredari
 non possunt; in * impuberem autem ingratitude causa cadere
 non potest. Respondetur * enim, non tam quod posthumus ad-
 huc hodiè exheredari posse videatur (cùm jus vetus hætenus cor-
 rectum non reperiatur,) quàm potius, quod exheredari possit pu-
 bes, quando pubertati proximus & doli capax est: quoniam * enim
 hoc casu puniri & ultimo supplicio potest affici; Ergo multò
 potius exheredari. Gloss. in d. l. 2. ibiq; Bart. & Dd. communiter
 Gomez. variar. resolut. d. c. 4. n. 3. & 4 Mich. Grass §. substitutio q. 25. n. 2.

Cæterum * idem de filio scienter præterito Doctores commu-
 niter sentiunt: quod scil. ei substituere possit pater. Verùm * si
 rem secundum fundamenta juris considerare volumus; opinio hæc
 subsistere vix poterit. Nam * principali non subsistente, nec ac-
 cessorium subsistere poterit; ob * præteritionem verò paternum

18. 19.

20.

testamentum non subsistere, sed ipso jure nullum esse, indubii juris est. Neque * obstat *auth. ex causa C. d. liber. præterit.* quippe * de præteritione matris avique materni intelligenda est, quæ pro exheredatione habetur: veluti hoc supra *tit. 13. controv. 3. h. libr. 2.* stabilivimus. Francisc. d. Barry d. *success. lib. 4. tit. 3. n. 3.* ubi * tamen subjicit: quòd, licet sententia hæc verissima; tamen à contraria tanquam communi in consulendo & judicando recedendum non sit.

Controversia II.

Mater liberis suis pupillariter substituere nequit.

Summaria.

Sententia nostra probatur. n. 1. & 2.

Obstat l. 33. pr. ff. d. vulg. & pupill. substit. n. 3.

Respondetur. n. 4. 5. & 6.

Instantia. n. 7.

Solutio. n. 8.

Sententiæ nostræ limitatio de jure Würtembergico. n. 9.

Limitatio ejusdem de jure communi. n. 10. & 11.

Objectionis remotio. n. 12.

1. **I**Deò * liberis pupillariter non rectè substituit mater: quòd eos in
2. potestare non habeat, vi * cujus pater liberis substituere potest.
3. *pr. h. t. & l. 2. ff. d. vulg. & pupill. substit.* Neque * obstat l. si mater. 33. pr. ff. eod. tit. ubi respondit Africanus I C. quòd, si mater ita testatur, ut filium impuberem, cùm erit annorum 14. hæredem instituat, neque pupillaribus tabulis, si sibi hæres non erit, alium substituat, valeat substitutio. Etenim * mater in d. l. 33. filio impuberi non pupillariter, sed vulgariter substituit. Quod * exinde patet, quia in casum pubertatis filium ibi instituit eique substituit mater; pupillaris * autem substitutio post annos pubertatis evanescit. *pr. h. t. & l. jam hoc jure 4. pr. ff. eod.* Neque * negotium facit: quòd tabularum pupillarium in d. l. 33. fiat mentio: hæ * enim ita vocantur ibi intuitu temporis conditi testamenti, quo impubes fuit filius, hæres institutus. Hillig. in *Donell. enucleat libr. 6. c. 25. lit. L.*

Verùm

Verùm * jure nostro Würtembergico tam avus maternus quàm mater liberis suis impuberibus pupillariter substituere queunt: eo scil. casu, quo pater aliique adscendentes ijs non substituerunt: Fürstl. Würtemb. Landr. p. 3. tit. 12. §. Und wiewol die gemeine Recht. fol. 374. & in illis solùm bonis, quæ mater avusq; maternus liberis reliquerunt. d. §. Wiewol. &c.

Nec * hâc ratione liberis, quibus ita substitutum est, partim intestati contrà juris communis regulas decedunt; sed potius bona matris vel avi materni quodam quasi fideicommissio gravata censentur. Besold. ad. jus top. Würtemb. disput. 3. th. 103.

Cæterùm * si etiam statutum alicubi extaret: ut mater æquè ac pater liberos in potestate sua habere debeat; tum mater ijs substituere quoque posset: concessio namque uno, conceduntur quoque omnia ea quæ sequuntur ex illo. Atquin patria potestas causa est pupillaris substitutionis. Mich. Grassl. recept. sentent. §. substitutio q. 23. n. 4. Pruckman. in l. in multis art. 2. n. 4. p. 1. n. 6. ff. d. stat. homin. Alexand. Trentacinq. d. substit. p. 2. c. 10. n. 2. Intrigol. d. substit. cent. 1. q. 66. ubi opinionem hanc receptiorem dicit. Francisc. d. Barry. d. success. libr. 4. tit. 5. n. 7.

Controversia III.

Nudâ sui hæredis existentia tabula pupillares conservantur.

Summaria.

Præsens controversia elegans est. n. 1.

Quis effectus ejus sit. n. 2.

Sententia nostra probatur. n. 3.

Antonii Fabri & Hunnii l. pater familias 28. ff. d. reb. autoritat. judic. possid. emendantium sententia. n. 4.

Quorum sententia improbatur. n. 5.

Verus sensus d. l. 28. n. 6. 7. 8. & 9.

Sententia nostra ulterius probatur. n. 10. 11. 12. 13. 14. 15. & 16.

Obiectio ex l. moribus 2. §. 1. ff. h. r. n. 17.

Solutio. n. 18. 19. 20. & 21.

Obiectio ex l. apud Iulianum 11. §. 1. ff. ad Sc. Trebell. n. 22. & 23.

Solutio. n. 24. 25. & 26.

Obiectio ex l. quasitum est 40. ff. d. ad quir. vel omitt. hæredit. n. 27.

Solutio. n. 28.

Ddd 3

Elegan-

1. **E**legantis * est disputationis, an nudâ sui hæredis existentia
 2. tabulæ pupillares conserventur, id est, an filio impubere hære-
 3. ditate paternâ abstinente, substitutus ejus admittatur? Cujus *
 4. disquisitionis hic præcipuus est juris effectus, an hæreditatē pater-
 5. nam ab impubaris hæreditate separare & hanc solam adire possit
 6. substitutus, ita ut creditoribus paternis æs alienum, quod pater
 7. contraxerat, exsolvere non teneatur? Et * verò quodd nudâ sui hæ-
 8. redis existentia tabulæ pupillares confirmantur, neque creditoribus
 9. paternis satisfacere teneatur substitutus; haud obscure probat, *l.*
Paterfamilias. 28. ff. d. reb. autorit. judic. possid. qui sanè textus à non-
 nullis juris Interpretibus miserè dilaniari solet. Etenim * An-
 tonius Faber *conject. libr. 2. c. 2. in versic. At cum substitutus &c. d.*
l. 28. illa resecat verba: *postquam pupillus se paternæ miscuerit hæredita-*
ti. Helfricus Vlrucus Hunnius verò *resolut. Treutl. vol. 2. disput. 11. th.*
9. q. 52. in versic. d. l. 28. Me illud &c. voculam *Non* expungit, ita le-
 gens, *idem in substituto servandum est.* Verùm * neuter benè, hoc
 enim non est nodos dissolvere; sed gladio secare, ut alibi diximus.
Vid. Hillig. Donell. enucleat. libr. 3. c. 4. lit. T. in not.

6. Verus * autem *d. l. 28.* sensus hic est. Pater filium suum im-
 puberem hæredem instituit, eique, si intra pubertatem decesserit
 Titium substituit. Decessit pater & filius hæreditate ejus abstinuit:
 ut proinde creditores paterni bona patris vendiderint sibiq; de ijs,
 quantum vires hæreditatis passæ fuerunt, satisfecerint. Postmodum
 filio aliunde obvenit hæreditas, quâ aditâ discessit. Postquam dis-
 cessit filius, substitutus omisâ patris hæreditate filii hæreditatem
 separatim adiit. Quæritur ergò *in d. l. 28.* An, sicut in ipsum filium
 creditoribus quò ad reliqua patris debita actio non datur; ita etiam
 in substitutum non detur? Ratio decidendi, quòd in substitutum non
 detur actio, una est, quòd bonis paternis à creditoribus possessis ni-
 hil de ijs adquisierit substitutus: altera ratio est: quòd in bonis pu-
 pilli nihil juris habeant creditores paterni, nihilque eorum inter-
 fuerit, adiretur hæreditas pupilli, nec ne: quia eâ non aditâ à sub-
 stituto, creditores de bonis illis satisfacere sibi non potuissent. Ob-
 7. jicit * sibi deinde Vlpianus J.C. *in d. l. 28. in versic. me illud maxime*
moveret &c. usque ad *versic. at cum substitutus &c.* quòd Prætoris be-
 neficium, filio à paterna hæreditate abstinendi concessum, ne cre-
 ditoribus paternis exsolvere teneatur, substituto concedi non de-
 beat

beat; quia filii pudori non substituti parcendum sit, ut patris potius quam filii nomine paterna bona veneant. Quam * objectionem ita removet Ulpianus *in versic. at cum substitutus &c.* usque ad *versic. quod si substitutus &c.* verum hoc esse, quando patris hereditati immiscuit se filius & aditâ eâ abstinuit, scilicet per in integrum restitutionem: secundum *l. necessarijs. 57. ff. d. adquir. vel omitt. heredit.* Tum enim, licet abstinuerit filius, per aditionem ejus patris hereditas cum filii hereditate una facta est: proinde illam ab hac separare non potest substitutus, filiiq; hereditatem solam adire. Et * hic perspicuus est *d. l. 28.* sensus: quo attento non est ut dicat quis, Ulpian. responsum *in versic. at cum substitutus &c.* de alio casu, de alio verò principium *d. l.* loqui, & ideò vel particulam *Non in versic. me illud maxime movet &c.* vel *in versic. at cum substitutus &c.* illa verba, postquam pupillus se paterna miscuerit hereditati, expungenda esse: imprimis autem, quòd responsio ad objectionem potius, quam ad ipsam facti speciem accommodari debeat.

Porro * sententiam nostram comprobatur etiam *l. filijs. 41. ff. d. adquir. vel omitt. heredit.* ubi dicitur: filium, qui paterna abstinuit hereditate, fratris exheredati hereditatem ex substitutione obtinere. Omnium optimè *l. sequens Iulianus. 42.* in qua respondet Ulpianus: contrariam sententiam à Marcello rectè notatam, id est, reprobata esse. Et * subjicitur elegans hæc ratio: quòd in pupilli utilitatem impugnet Juliani sententia, qui successorem ex testamento habiturus non esset: timidiùs enim substitutus pupilli hereditatem adiret.

Hicce * juris fundamentis accedit hæc quoque ratio: quòd is, qui suum habet heredem etiam abstinentem, sine heredem non fit. *l. cum quasi 30. §. sed et si suus 10. ff. d. fideicommissar. libertat.* Item * in suis heredibus aditionem necessariam non esse: quia statim ipso jure heredes existunt. *l. in suis 14. ff. d. suis & legit. hered.* Item * hæc ratio: quòd is qui semel hæres fuit; maneat hæres. *l. ait Prætor 7. §. sed quòd Papinianus 10. ff. d. minor.* At * suus hæres patri ipso jure hæres existit, & quidem multò certius, quam si extraneus hereditatem adiisset. *§. fin. Instit. d. hered. quæ ab intest. defer.* Et * ideò jus sui tantam habet vim ad acquirendam hereditatem, quantam aditio ipsa habet. *Duaren. ff. h. t. c. 14.*

Quibus * non obstat *l. moribus 2. §. 1. ff. h. t.* ubi respondet Ulpia-

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

Ulpianus : quodd, nisi adita sit patris hæreditas, pupillare testamentum evanescat. Nam * loquitur textus iste eo de casu, quando ipse impubes paternam adiit hæreditatem. Hoc * exinde colligitur : quoniam *in d. l. 2.* admittitur substitutus ; licet omisso testamento hæreditas ab intestato possideatur. Ut * igitur vera sit *in d. l. 2.* casuum oppositio ; principum *d. l. 2. §. 1.* de successione impuberis ex testamento accipiendum est. Et * insuper hæc conciliandi ratio *in l. sed si plures 10. §. filio 2. eod. tit.* expressè fundata reperitur : in quâ paternam hæreditatem ab impuberis hæreditate idèò separare non potest substitutus : quodd, cum ipse impubes paternam adierit hæreditatem, hæreditas patris & hæreditas filii junctæ esse cœperint.

Deinde * non obstat *l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus 1. ff. ad Sct. Trebellian.* in qua respondet idem Ulpianus JC. quodd, si duo à patre fuerint instituti cum filio ejus impubere & iidem substituti filio, sufficiat ei, qui fideicommissum in secundis tabulis accepit unum ex hæredibus institutis cogere adire patris hæreditatem. Vi * cujus textus, ut confirmentur tabulæ pupillares, necesse est, ut prius adeatur paterna hæreditas. Respondetur * namque quodd, *in d. l. 11. §. 1.* cohæredes dati sint filio impuberi, cui facta est substitutio. Atquin * ubi cohæres extraneus datus est filio impuberi, vel substitutus vulgaris, antequam adeatur paterna hæreditas, tabulæ pupillares non confirmantur : licet * enim filius pupillus, cum sit substitutio, suus dicatur hæres ; tamen per substituti aut cohæredis dationem de necessario hærede fit voluntarius suusq ; ex testamento esse desinit, nimirum quando se paternis bonis non immiscuit. Bartol. *in d. l. 2.* eumq ; secuti Dd. communiter Mich. Grass. §. *substitutio q. 26. n. 2.*

Denique * non obstat *l. quasitum est 40. ff. d. adquir. vel omitt. heredit.* ubi in quæstione hac ita ex Marcello distinguit Ulpianus, An ex esse institutus sit substitutus, an verò ex parte, ut hoc casu paternam adire hæreditatem necesse non habeat. Nam * tum demum ita distinguendum, quando ipse substitutus etiam in tabulis paternis institutus est, quod ex facti specie *d. l. 40.* apparet. Paul. *d. Castr. ad d. l. 11. §. 1.* Vicent. Fusar. *d. substit. d. q. 118. n. 79.* Donell. *libr. 6. c. 25. ibiq ;* Hillig. *lit. X. in not. Treutl. p. 2. disp. 11. th. 9. lit. A. & ibi* Bachov. Forster. *disput. 13. th. 9.*

Controversia IV.

*Tacita pupillaris substitutio, quæ in expressa
vulgari continetur, matrem non excludit.*

Summaria.

Quæ sit expressa vulgaris substitutio. n. 1.

Quæ sit expressa pupillaris substitutio. n. 2.

Quæ sit vulgaris tacita & pupillaris tacita. n. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Quæ sit vulgaris partim expressa partim tacita substitutio. n. 9. & 10.

Per vulgarem expressam substitutionem mater etiam quo ad legitimam excluditur. n. 11. & 12.

Idem de substitutione vulgari partim expressa partim tacita sentit Bartolus. n. 13.

Cui contradicunt Menochius & Berlichius. n. 14.

Quorum sententiam Autor confirmat. n. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. & 22.

Vulgaris quoque tacita sub expressa pupillari comprehensa matrem excludit. n. 23.

Limitatio huius. n. 24.

Per expressam substitutionem pupillarem excluditur mater, etiam quò ad legitimam. n. 25.

Quod in conscientie quoque Foro verum est. n. 26.

Principalis controversia nostra stabilitur. n. 27. 28. & 29.

Helfrici Vlrici Hunnii contrariam defendentis sententiam argumentum. n. 30. & 31.

Solutio n. 32.

Secundum Hunnii argumentum. n. 33. 34. & 35.

Solutio n. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. & 43.

Tertium Hunnii argumentum. n. 44.

Solutio n. 45. & 46.

Hunnii responsio ad l. fin. C. d. instit. & substit. n. 47.

Refutatio n. 48. 49. & 50.

Hunnii responsio ad l. precibus 8. C. d. impub. & al. substit. n. 51. & 52.

Refutatio. n. 53.

Sententia nostra communis est & practica. n. 54.

Ejus ampliatio. n. 55.

Eiusdem limitatio. n. 56. 57. & 58.

ANtequam ad ipsam controversiam nostram accedamus præmittendum hîc non nihil erit, quæ sit vulgaris & pupillaris expressa & tacita substitutio. Est * autem expressa vulgaris substitutio, quando ea verbis expressis ita facta est à testatore: *Titium heredem instituo, & si heres non erit, vel esse non poterit, Mævium ei substituo.* Vel quando ita substituit testator: *Filium meum heredem*

Ecc

instituo,

- instituo, & si hæres non erit, vel esse non poterit, Mævium ei substituo.
2. Expressa * pupillaris substitutio est, quæ verbis expressis facta est à testatore, nimirum quando ita substituit: *Filium meum heredem instituo, & si intra pubertatem decesserit ei Sempronium substituo.* Vul-
 3. garis * tacita & pupillaris tacita est: quæ verbis expressis non fit à testatore; sed ex præsumpta testatoris voluntate & tacita legis con-
 4. jectura inducitur: ut * si exempli causâ testator expressè, sicut dictum est, pupillariter substituat, quo casu si filius intra pubertatis annos vel noluit esse (quando scil. abstinuit paternâ hereditate) vel non potuit esse hæres, substitutus ex tacita legis interpretatione & præsumpta testatoris voluntate tanquam ex vulgari tacita substitutione admittitur. Ex * pupillari substitutione expressè à testatore facta admitti non potest, quoniam scil. eum in casum facta est substitutio: si filius intra pubertatem decesserit. Itaq; * cum
 6. lex præsumat pro substituto, nimirum quod si testator de casu hoc cogitasset, eum absque dubio legitimis hæredibus prætulisset; ideoque tanquam tacitè vulgariter substitutus admittitur & legitimis hæredibus præfertur.
 7. Econtrà * verò, quando expressè ita vulgariter substituit testator (veluti supra est dictum) *Filium meum heredem instituo & ei Sempronium substituo*: eo casu, si filius adeat paternam hereditatem, vulgaris substitutio statim expirat, & si deinde intra pubertatis annos decedat filius, substitutus tanquam ex tacita pupillari substitutione admittitur. Et * sic vulgaris substitutio expressa tacitam pupillarem, & econtrà expressa pupillaris tacitam vulgarem in se continet. Est * & alia substitutio vulgaris, partim expressa,
 9. partim verò tacita: veluti si testator *filium heredem instituat & si hæres esse nolit, Titium substituat.* Quo * in casu est quidem vulgaris substitutio expressa; quia casus singularis exprimitur & verbis expressis declaratur, quando Titius hæres esse debeat, si scilicet filius hæres esse nolit, quoniam tamen casus ille evenire non potest, & alii sunt casus, quibus adiri non potest hereditas, ut quando filius propter mortem vel aquæ & ignis interdictionem vel similem casum non potuit esse hæres; ideoq; non obstante casu illo expresso, ex mente & interpretatione legis sub illa substitutione etiam alii casus continentur: per text. in l. Gallus 29. §. si quid tantum ff. d. liber. & posthum. hered. instit. Jason. in l. i. ff. d. vulgar. & pupill. sub-
 10. stat.

stit. n. 22. & seqq. Bartol. eod. n. 43. Anton. Fumæ. d. substit. n. 15. pr. Berlich. practicab. conclus. p. 3. conclus. 10. n. 6. & 7.

Quibus præmissis ad controversiam propius veniendum erit:
 Et * sanè illud certum est, per vulgarem substitutionem expressam matrem per substitutum omninò excludi, etiam quò ad legitimam: ut * si exempli causâ testator ita substituatur, *Filius meus hæres esto, & si hæres non erit, Sempronius hæres esto*: siquidem expressa testatoris voluntas ex hac substitutione apparet, substitutum matri filii præferentis. Bald. *consil. 436. Dominic. Cardinal. Tusch. pract. concl. lit. S. conclus. 807. tom. 7. Berlich. d. conclus. 10. n. 1. De * substitutione vulgari, partim expressa partim tacita aliter sentit Bartolus in d. §. 1. ff. h. t. n. 23. per textum in l. cum quidam fin. C. d. instit. & substit. cui * tamen contradicit Menochius libr. 4. præsumpt. 37. n. 3. & Berlich. d. conclus. 10. n. 6. Quorum * opinionem confirmat: quòd diversa ratio sit inter tacitam vulgarem substitutionem quæ inest expressæ vulgari, & inter tacitam pupillarem quæ eidem inest. Nam * tacita vulgaris concurret hîc cum expressa vulgari & sic utraque conveniunt inter se, nec differunt invicem nisi tanquam expressum & tacitum. Ast * tacita pupillaris & expressa vulgaris specie inter se differunt; ideoque in expressa vulgari & tacita vulgari faciliùs de casu ad casum similem procedi potest, quàm in tacita pupillari, quæ inest expressæ vulgari. Deinde * vulgaris substitutio concepta est in casum, quo hæres non est institutus; in tacita verò vulgari institutus propter aquæ & ignis interdictionem hæres esse non potest. Atquin * qui hæres esse non potest, is nec est hæres: perinde namque esse videtur, sive quis non sit hæres, sive esse non possit. Neque * enim bonæ fidei congruere videtur, de apicibus verborum nimium disputare, testatoris verba in tam strictis & angustis terminis accipere atque sic cavillare. Præsertim * autem, quòd vulgaris expressa & vulgaris tacita substitutio in genere proximiori; vulgaris expressa verò & pupillaris tacita in genere quasi remotiori, ut dictum, conveniant. Et * ergo vulgaris tacita matrem faciliùs quàm pupillaris tacita excludit.*

Idem * statuendū est de vulgari, tacita substitutione, quæ sub expressa pupillari continetur: quoniā hoc casu non pupillo, sed testatori succeditur. Bartol. in d. l. fin. C. d. instit. & substit. Quod * verum est in matre pupilli, secus est in matre testatoris, secundum Bartol. in

25. *d. l. 1. ff. h. t. n. 41. Berlich. d. l. n. 5.* Porro * sicut per expressam substitutionem vulgarem mater excluditur; ita etiam per expressam pupillarem, etiam quod ad legitimam. *l. Papinianus 8. §. sed nec impuberis 5. ff. d. inoffic. testam. ibi: sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater hoc ei fecit c. 1. d. testament. in 6.*
26. Quam * sententiam in conscientia quoque foro obtinere; statuit Alexand. Trentacinq. *d. substit. p. 2. c. 16. Andr. Fach. controvers. jur. lib. 4. c. 42.*
27. Quod * attinet autem ad principalem controversiam nostram, An scil. per tacitam pupillarem substitutionem excludatur mater,
28. ea sanè omnium maximè controversa est. Negativa * verò ejus sententia est approbanda, quæ probatur per textum haud obscurum in *d. l. cum quidem ult. C. d. instit. & substit.* ubi rescribunt Valer. & Galien. Imperatores: quod, si quis prægnantem habens uxorem eam hæredem scripsit ex parte, ventrem verò ex altera parte, & si non natus fuerit posthumus substitutum dederit; posthumus verò natus impubes decesserit: mater ejus excluso substituto ad successionem admittatur. Et subjiciunt Imperatores elegantem hanc rationem: *si enim testator sua substantia partem uxori reliquit; multò magis & lucuosam hereditatem ad matrem venire curavit.* Probatur * etiam sententia hæc nostra per textum in *l. precibus 8. C. d. impub. & aliis substitut.* in qua testator miles filium hæredem instituit & ei expressè vulgariter substituit: & rescribitur in *d. 8.* quod ad matrem successio ejus pertineat. Intellige siue in pupillari ætate decedat filius, siue post eam quodocunque: generalia namq; sunt verba illa in *d. l. 8. ad te omnimodò ejus pertineat successio;* proinde tacita pupillaris substitutio minimè exclusa censetur.
30. Contra * hanc autem verissimam sententiam inter alios statuit quoq; Helfricus Ulricus Hunnius *resolut. Treutl. p. 2. disput. 11. th. 9. lit. C. q. 53.* cujus argumentis satisfacere haud difficile erit. 1.
31. Argumentum * ejus est: cum testator in primo casu in *d. l. 8.* substitutum matri impuberis prætulerit eumq; magis quàm matrem dilexerit; idcirco videatur quoq; in secundo casu eundem matri præferre voluisse.
32. Respondemus * Hunnio argumenti hujus consequentiam negando. Ratio negatæ consequentiæ hæc est: quod in primo casu vulgaris substitutionis testator matrem expressè exclusit eiq;
- substi-

substitutum prætulerit; quod non fecit in altero casu; & si hoc facere voluisset utique & hoc fecisset.

2. Argumentum * Hunnianum est: Quia expressa pupillaris substitutio excludit matrem, *l. 8. §. sed nec impuberis ff. d. inofficios. testam.* & * mater impuberis filii inofficiosum testamentum dicere non potest; ideoq; idem de tacita pupillari substitutione dicendū sit. Cum * tacitum & expressum eandem vim obtineant, ubi contrarium legibus expressum non sit. *l. de quibus ff. d. leg. l. 2. ff. d. pact.* Quod * argumentum eadem responsione quā prius (cū idem sit cum priori) eliditur. Deinde * ad argumentum ab expresse ad tacitum desumptum respondetur: quod illud non necessarium sit, sed tantū probabile; ideoq; non semper validum est: tum verò in primis, quando diversa ratio est expressi & taciti. At * verò in nostro casu diversa ratio est expressi & taciti: quoniam scil. in vulgari expressa substitutione expressa voluntas apparet testatoris, matrem à successione excludentis eique substitutum præferentis. In * hac verò tacita pupillari substitutione ne conjecturari potest voluntas testatoris, quod matrem excludere ei; substitutum præferre voluerit: quoniam scil. hīc contraria conjectura tam generalis quā specialis pro matre militat. Generalis * quod testator conjugem suam magis diligere præsumatur, quā extraneum: specialis, * quod eam pupillariter expressē non excluderit, quod absq; dubio fecisset testator, si eam excludere ab hereditate voluisset. Quocirca * in causa odiosa contra matrem & favorabili pro matre casus expressus in vulgari substitutione ad casum tacitæ pupillaris substitutionis extendendus non erit, juxta *c. odia d. R. l. in 6.* Et * ergo tacita pupillaris substitutio ad matrem minimè pertinet, sed ad alios legitimos hæredes: cū inter eos & matrem diversissima ratio obtineat; itaque illi facilius quā hac à successione excluditur.

3. Argumentum * Hunnianum est desumptum ex *l. Scævola 76. ff. ad Sc. Trebellian.* ubi respondet Scævola JC. quod, si pater filium ex asse hæredem scripserit, deinde filius impubes decesserit; licet substitutio inutilis sit; (quia codicillis hereditas neq; dari neque adimi potest) tamen ex benigna interpretatione mater substitutis fideicommissio obligetur. Cui consequens esse dicit Hunnius: quod, si facta fuisset substitutio in testamento & ut oporteat; ma-

45. ter substituto non præferatur. Respondetur * Hunnio, admodum debilem esse argumenti hujus consequentiam : nam unius positio non statim est exclusio alterius, imprimis verò quando aliæ leges & ratio ipsa in casu, qui casuiposito non videtur inclusus, militant.
46. Atquin * ostendimus hætenus ex legibus & ipsa ratione matrem in testamento quoque, cui tacita pupillaris inest substitutio, substituto præferri.
47. Ad * *d. l. fin. C. d. institut. & substitut.* autem respondet Hunnius : eam de casu speciali loqui : nimirum de illo, ubi mater una cum filio impubere hæres instituta fuit ; proinde extra specialem hunc casum matrem excludi à successione eique substitutum præferri. Verum * nullius momenti esse hanc responsionem apparebit, si textum ipsum probè inspexerimus ejusque fundamentalem rationem indagaverimus, quæ est ; quod testator luctuosam hæreditatem ad matrem venire curaverit, veluti habetur in *d. l. fin.* Illa enim ratio, quòd testator suæ substantiæ partem uxori dereliquerit, per se & absolutè considerata vera & principalis ratio non est,
49. sed minus principalis. Nam * secundum hanc rationem potius dicendum videretur : quoniam mater hæres instituta est à marito & partem suam hæreditatis habet ex voluntate testatoris, in reliquis adimplendâ esse voluntatem testatoris, quæ in tali facti specie esse videtur, ut mater acceptâ quotâ hæreditatis cedere debeat substituto. Proinde * argumentantur Imperatores in illa facti specie ab illa ratione minus principali ad veram & principalem rationem, tanquam à minori ad majus, quando dicunt : *si enim suæ substantiæ partem uxori dereliquit : multò magis & luctuosam hæreditatem ad matrem venire curavit.*
50.)
51. Ad * *d. l. precibus 8. C. d. impub. & aliis substit.* respondet Hunnius : quòd lex illa de milite loquatur, in cujus testamento subtiles legum interpretationes locum habere non soleant. *l. 1. ff. testament. milit.* Et * quia testamentum militis ex sola ejus voluntate valeat & æstimetur ; *t. t. instit. d. testament. milit.* ideoque videatur id solum miles testator disposuisse, quod expressit. Nos * vicissim respondemus Hunnio, quòd quæstio hæc non solennitatis sit sed voluntatis ; ideoque tam in pagani quam militis testamento decisio *d. l. 8.* procedit : & sic in militis testamento ea minimè specialis est.

Atque

Atque * hæc est communis & ab omnibus recepta sententia, ideòque tanquam æquior in consulendo & judicando sequenda: attestante & monente Mich. Grassio *recept. sentent. §. substitut. q. 30. n. 4.* quàm defendunt Gloss *add. l. 8. ibidemq.* Paul. d. Castr. Sichard. n. 4. & Dd communiter Bart. & Bald. *aliq. ind. l. fin. C d. inst. & substit. Menoch. lib 4. præsumpt. 37. Trentacinq. d. substit p. 1. c. 12. 39. Anton. Fumæ d. substit. n. 55 Roland. Passag. d. testament. & ult. voluntat. rubric. 23 n. 10. Nicol. Everhard. à Midelburgo. in loc. legal. in loc. ab expref ad tacit. n. 10. Cujac. libr. 12. observat. 27. ad fin. D. Bocer. ad pr. h. t. n. 47. & class. 3. disp. 5. th 68 Fachin. libr. 4. controv. c. 40. D. Harppr. ad pr. h. t. n. 56. & seqq.*

Cæterùm * hanc sententiam nostram Math. Berl. *practicabilium concl. p. 3. conclus. 10. n. 25. & seqq.* ampliat, ut procedat quoque in avia & patre, non verò in fratre. Eandem * verò sententiam restringit & limitat idem Berlich. *d. l. n. 29. & seqq.* in matre, cui testator 10. annua reliquit, quàm diu vitam vidualem duxerit; ea verò deinde ad secunda vota transierit. Item * eandem limitat Berlich. *d. l. n. 30.* in casu, quo vulgaris expressa ad pias causas facta esset: & si conjecturæ adessent, ex quibus colligeretur: quòd testator voluerit matrè per ejusmodi tacitam pupillarem substitutionem excludere. Sed * & sententiam hanc limitant Bartolus & Baldus *in d. l. precibus 8.* in casu, quo pater filio filium substituit, quo casu dicunt, matrem per substitutum hunc excludi.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

TITULUS XVII.

Controversia I.

Testamentum, in quo posthumus præteritus, nullum non est; sed agnatione ejus rumpitur.

Summa-

Summaria.

Fundamenta huius sententiæ. n. 1. & 2.

Differentiæ ratio inter præteritionem filii nati & præteritionem filii posthumi. n. 3. 4. & 5.

Hermanni Vultejii contraria sententia ex l. 4. C. d. liber. præterit. & §. 5. instit. d. exheredat. liberor. n. 6.

Responsio ad objectos textus. n. 7.

Instantia. n. 8.

Solutio. n. 9.

1.

Non *ut ex præteritione filii nati testamentum nullum est; ita etiam ex præteritione posthumi: quippe hoc casu agnatione posthumi testamentum rumpi dicitur: in l. 1. 3. pr. ff. d. injust. rupt. & irrit. fact. testament. l. 3. C. d. posthum. hered. instit. & §. 1. instit. d. exhered. liber. quod * certè validitatem ejus arguit & præsupponit. l. nam etsi 5. ff. d. injust. & c. Differentiæ * ratio est: quòd ex causa præteritionis filii nati ab initio nullum sit testamentum; ex causa verò præteritionis postumi ab initio subsistat Etenim * testamenti tempore dubium est, an nasciturus sit posthumus, nec ne: siquidem abortire potest uxor, vel monstrosus edere partum, vel etiam ante partum mori. Et * prætereà, qui in utero est propriè homo non est, l. in Falcidia 9. §. 1. ff. ad L. Falcid. sed spes solum animantis. l. 2. ff. d. mort. inferend. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 6. c. 16. lit. G. in not.

6.

7.

Verùm * objicit sententiæ nostræ D. Hermannus Vultejus ad §. sed hac quidem 5. instit. d. exheredat. liber. per dictos textus jus vetus correctum & abrogatum esse existimans. Quod * minimè concedendum est: non enim illud constituit ibi Justinianus Imperator: ut testamentum, in quo posthumus præteritus, nullum esse debeat; sed hoc, ut hodie tam fœminæ, quàm masculi hæredes instituantur, vel nominatim exhæredentur, siue posthumi sint, siue nati. Neque * ad rem pertinet: quòd comparentur in allegatis textibus posthumi cum suis; ut igitur ex causa præteritionis sui nullum est testamentum; sic etiam ex causa præteritionis posthumi. Etenim * effectus ratione comparatio hæc accipienda est: ita scilicet, ut, sicut ex testamento, in quo natus præteritus, nulla est successio; ita etiam ex testamento, in quo posthumus est præteritus, si nascatur nulla sit successio. Schneidevvin. ad §. 1. b. t. n. 10. Wessenbec. ibid. n. 2. Kling. n. 7. & Harppr. n. 3. & 4. tom. 2.

8.

9.

Controversia II.

*Testamentum, agnatione posthumi ruptum,
si decedat posthumus, reconvalescit.*

Summaria.

Testamentum hoc non quidem de juris civilis rigore & subtilitate; sed de Prætoris æquitate reconvalescit. n. 1.

Qui unus est ex casibus, quibus adhuc hodie bonorum possessio necessaria est. n. 2.

Obiectio ex l. uxoris 2. C. d. posthum. hered. instit. n. 3.

Solutio. n. 4.

Quæ sententia communis est. n. 3.

DE * juris civilis rigore & subtilitate testamentum posthumi agnatione ruptum manet nihilominus nullum, etiamsi decedat posthumus; sed tamen de prætoris æquitate id reconvalescit: veluti responsum est in l. posthumus 12. ff. d. injust. rupt. & irrit. fact. testament. ubi habetur: quod, licet juris scrupulositate nimiaq; subtilitate testamentum ruptum videatur; tamen, si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere hæres scriptus possit. Ex * qua lege notat Julius Clarus. recept. sen. sent. §. testamentum q. 45. n. 1. quod hic unus sit ex casibus, quibus adhuc hodie bonorum possessio necessaria sit.

Verum * vehementer hinc contrariari videtur l. uxoris. 2. C. d. posthum. hered. instit. ubi rescribunt Diocletianus & Maximianus Imperatores: posthumo præterito, quamvis natus ilico decesserit, testamentum ruptum non restitui juris evidentissimi esse. Respondetur *: quod textus hic pertineat ad casum, quo post mortem patris natus est posthumus: quo casu, ne reconvalescat testamentum, sufficit natum esse posthumum, licet statim decesserit. d. l. 2. & 3. d. 1.

Quæ * est communis Dd. sententia. Alexand. d. Imol. in d. l. posthumus n. 2. Jason. in l. si quis eum §. si suo testamento n. 8. ff. d. vulgar. substit. Clar. d. q. 45. n. 2. Gomel. variar. resolut. c. 1. n. 7. tom. 1. Bachelov. p. 2. disput. 10. th. 7.

Controversia III.

Testamentum prius ritè ac legitimè conditum

E ff

per

per posterius testamentum, ex causa præteritionis vel exheredationis nullum, non infirmatur.

Summaria.

Testamentum ritè conditum per aliud posterius solenne testamentum infirmatur. n. 1. & 2.

Testamentum verò solenne per minùs solenne non infirmatur. n. 3.

Exceptis duobus casibus. n. 4.

Status præsentis controversiæ. n. 5.

Negativa ejus sententia stabilitur. n. 6. usq; ad n. 19. inclusive.

Viglii affirmativam defendentis sententiam argumentum 1. n. 20. 21. & 22.

Solutio. n. 23. usq; ad n. 33. inclusive.

Secundum Viglii argumentum. n. 34. 35. 36. & 37.

Solutio. n. 38. 39. 40. & 41.

Tertium Viglii argumentum. n. 42. & 43.

Solutio. n. 44. 45. & 46.

1. Certi * & expediti juris est, testamentum ritè ac legitimè conditum per aliud posterius solenne & perfectum testamentum tolli & infirmari. *l. sancimus 27. C. d. testament. §. posteriori. 2. h. t.*
2. Quod * in tantum verum est, licet priori testamento juramentum adpositum fuerit, modò absolutio à juramento in posteriori testamento petatur. Bartol. *in l. si quis ff. d. legat. 3. Clar. receptar. sentent. §. testamentum q. 94. Gras. §. testamentum q. 87. per tot.* Ergò * testamentum solenne ac perfectum per aliud minùs solenne & imperfectum testamentum non tollitur, nec infirmatur. *d. l. 27. & §. 2.*
3. Excipitur * militis testamentum & ille casus, ubi in posteriori imperfecto testamento hæredes ab intestato instituti sunt: veluti respondit Ulpianus JC. *in l. tunc autem 2. ff. d. injust. rupt. & irrit. fact. testament.* & rescriptum est *in l. hac consultissima 21. §. si quis 3. C. d. testament.*

5. Verum * quid dicendum erit de casu, quo in posteriori testamento unus ex hæredibus vel præteribus est, vel injustè exheredatus, & sic testamentum ex causa præteritionis vel exheredationis nullum est & invalidum, & tamen alii hæredes ab intestato instituti? Nos * illorum adstipulamur sententiæ, qui statuunt, testamentum prius ritè ac legitimè conditum per ejusmodi nullum & invalidum testamentum non infirmari, nec tolli. Nam * Regula
- 6.
- 7.

gula est, testamentum perfectum per imperfectum non tolli, nisi militis fuerit testamentum, vel hæredes ab intestato in posteriori testamento instituti fuerint. Ergo * huic regulæ firmiter inhærendum erit, donec exceptio aliqua clarè doceatur. Atquin * alle-
 8.
 9.
 10.
 11.
 12.
 13.
 14.
 15.
 16.
 17.
 18.
 19.
 20.
 21.
 22.
 23.
 24.
 25.
 26.
 27.
 28.
 29.
 30.
 31.
 32.
 33.
 34.
 35.
 36.
 37.
 38.
 39.
 40.
 41.
 42.
 43.
 44.
 45.
 46.
 47.
 48.
 49.
 50.
 51.
 52.
 53.
 54.
 55.
 56.
 57.
 58.
 59.
 60.
 61.
 62.
 63.
 64.
 65.
 66.
 67.
 68.
 69.
 70.
 71.
 72.
 73.
 74.
 75.
 76.
 77.
 78.
 79.
 80.
 81.
 82.
 83.
 84.
 85.
 86.
 87.
 88.
 89.
 90.
 91.
 92.
 93.
 94.
 95.
 96.
 97.
 98.
 99.
 100.
 101.
 102.
 103.
 104.
 105.
 106.
 107.
 108.
 109.
 110.
 111.
 112.
 113.
 114.
 115.
 116.
 117.
 118.
 119.
 120.
 121.
 122.
 123.
 124.
 125.
 126.
 127.
 128.
 129.
 130.
 131.
 132.
 133.
 134.
 135.
 136.
 137.
 138.
 139.
 140.
 141.
 142.
 143.
 144.
 145.
 146.
 147.
 148.
 149.
 150.
 151.
 152.
 153.
 154.
 155.
 156.
 157.
 158.
 159.
 160.
 161.
 162.
 163.
 164.
 165.
 166.
 167.
 168.
 169.
 170.
 171.
 172.
 173.
 174.
 175.
 176.
 177.
 178.
 179.
 180.
 181.
 182.
 183.
 184.
 185.
 186.
 187.
 188.
 189.
 190.
 191.
 192.
 193.
 194.
 195.
 196.
 197.
 198.
 199.
 200.
 201.
 202.
 203.
 204.
 205.
 206.
 207.
 208.
 209.
 210.
 211.
 212.
 213.
 214.
 215.
 216.
 217.
 218.
 219.
 220.
 221.
 222.
 223.
 224.
 225.
 226.
 227.
 228.
 229.
 230.
 231.
 232.
 233.
 234.
 235.
 236.
 237.
 238.
 239.
 240.
 241.
 242.
 243.
 244.
 245.
 246.
 247.
 248.
 249.
 250.
 251.
 252.
 253.
 254.
 255.
 256.
 257.
 258.
 259.
 260.
 261.
 262.
 263.
 264.
 265.
 266.
 267.
 268.
 269.
 270.
 271.
 272.
 273.
 274.
 275.
 276.
 277.
 278.
 279.
 280.
 281.
 282.
 283.
 284.
 285.
 286.
 287.
 288.
 289.
 290.
 291.
 292.
 293.
 294.
 295.
 296.
 297.
 298.
 299.
 300.
 301.
 302.
 303.
 304.
 305.
 306.
 307.
 308.
 309.
 310.
 311.
 312.
 313.
 314.
 315.
 316.
 317.
 318.
 319.
 320.
 321.
 322.
 323.
 324.
 325.
 326.
 327.
 328.
 329.
 330.
 331.
 332.
 333.
 334.
 335.
 336.
 337.
 338.
 339.
 340.
 341.
 342.
 343.
 344.
 345.
 346.
 347.
 348.
 349.
 350.
 351.
 352.
 353.
 354.
 355.
 356.
 357.
 358.
 359.
 360.
 361.
 362.
 363.
 364.
 365.
 366.
 367.
 368.
 369.
 370.
 371.
 372.
 373.
 374.
 375.
 376.
 377.
 378.
 379.
 380.
 381.
 382.
 383.
 384.
 385.
 386.
 387.
 388.
 389.
 390.
 391.
 392.
 393.
 394.
 395.
 396.
 397.
 398.
 399.
 400.
 401.
 402.
 403.
 404.
 405.
 406.
 407.
 408.
 409.
 410.
 411.
 412.
 413.
 414.
 415.
 416.
 417.
 418.
 419.
 420.
 421.
 422.
 423.
 424.
 425.
 426.
 427.
 428.
 429.
 430.
 431.
 432.
 433.
 434.
 435.
 436.
 437.
 438.
 439.
 440.
 441.
 442.
 443.
 444.
 445.
 446.
 447.
 448.
 449.
 450.
 451.
 452.
 453.
 454.
 455.
 456.
 457.
 458.
 459.
 460.
 461.
 462.
 463.
 464.
 465.
 466.
 467.
 468.
 469.
 470.
 471.
 472.
 473.
 474.
 475.
 476.
 477.
 478.
 479.
 480.
 481.
 482.
 483.
 484.
 485.
 486.
 487.
 488.
 489.
 490.
 491.
 492.
 493.
 494.
 495.
 496.
 497.
 498.
 499.
 500.
 501.
 502.
 503.
 504.
 505.
 506.
 507.
 508.
 509.
 510.
 511.
 512.
 513.
 514.
 515.
 516.
 517.
 518.
 519.
 520.
 521.
 522.
 523.
 524.
 525.
 526.
 527.
 528.
 529.
 530.
 531.
 532.
 533.
 534.
 535.
 536.
 537.
 538.
 539.
 540.
 541.
 542.
 543.
 544.
 545.
 546.
 547.
 548.
 549.
 550.
 551.
 552.
 553.
 554.
 555.
 556.
 557.
 558.
 559.
 560.
 561.
 562.
 563.
 564.
 565.
 566.
 567.
 568.
 569.
 570.
 571.
 572.
 573.
 574.
 575.
 576.
 577.
 578.
 579.
 580.
 581.
 582.
 583.
 584.
 585.
 586.
 587.
 588.
 589.
 590.
 591.
 592.
 593.
 594.
 595.
 596.
 597.
 598.
 599.
 600.
 601.
 602.
 603.
 604.
 605.
 606.
 607.
 608.
 609.
 610.
 611.
 612.
 613.
 614.
 615.
 616.
 617.
 618.
 619.
 620.
 621.
 622.
 623.
 624.
 625.
 626.
 627.
 628.
 629.
 630.
 631.
 632.
 633.
 634.
 635.
 636.
 637.
 638.
 639.
 640.
 641.
 642.
 643.
 644.
 645.
 646.
 647.
 648.
 649.
 650.
 651.
 652.
 653.
 654.
 655.
 656.
 657.
 658.
 659.
 660.
 661.
 662.
 663.
 664.
 665.
 666.
 667.
 668.
 669.
 670.
 671.
 672.
 673.
 674.
 675.
 676.
 677.
 678.
 679.
 680.
 681.
 682.
 683.
 684.
 685.
 686.
 687.
 688.
 689.
 690.
 691.
 692.
 693.
 694.
 695.
 696.
 697.
 698.
 699.
 700.
 701.
 702.
 703.
 704.
 705.
 706.
 707.
 708.
 709.
 710.
 711.
 712.
 713.
 714.
 715.
 716.
 717.
 718.
 719.
 720.
 721.
 722.
 723.
 724.
 725.
 726.
 727.
 728.
 729.
 730.
 731.
 732.
 733.
 734.
 735.
 736.
 737.
 738.
 739.
 740.
 741.
 742.
 743.
 744.
 745.
 746.
 747.
 748.
 749.
 750.
 751.
 752.
 753.
 754.
 755.
 756.
 757.
 758.
 759.
 760.
 761.
 762.
 763.
 764.
 765.
 766.
 767.
 768.
 769.
 770.
 771.
 772.
 773.
 774.
 775.
 776.
 777.
 778.
 779.
 780.
 781.
 782.
 783.
 784.
 785.
 786.
 787.
 788.
 789.
 790.
 791.
 792.
 793.
 794.
 795.
 796.
 797.
 798.
 799.
 800.
 801.
 802.
 803.
 804.
 805.
 806.
 807.
 808.
 809.
 810.
 811.
 812.
 813.
 814.
 815.
 816.
 817.
 818.
 819.
 820.
 821.
 822.
 823.
 824.
 825.
 826.
 827.
 828.
 829.
 830.
 831.
 832.
 833.
 834.
 835.
 836.
 837.
 838.
 839.
 840.
 841.
 842.
 843.
 844.
 845.
 846.
 847.
 848.
 849.
 850.
 851.
 852.
 853.
 854.
 855.
 856.
 857.
 858.
 859.
 860.
 861.
 862.
 863.
 864.
 865.
 866.
 867.
 868.
 869.
 870.
 871.
 872.
 873.
 874.
 875.
 876.
 877.
 878.
 879.
 880.
 881.
 882.
 883.
 884.
 885.
 886.
 887.
 888.
 889.
 890.
 891.
 892.
 893.
 894.
 895.
 896.
 897.
 898.
 899.
 900.
 901.
 902.
 903.
 904.
 905.
 906.
 907.
 908.
 909.
 910.
 911.
 912.
 913.
 914.
 915.
 916.
 917.
 918.
 919.
 920.
 921.
 922.
 923.
 924.
 925.
 926.
 927.
 928.
 929.
 930.
 931.
 932.
 933.
 934.
 935.
 936.
 937.
 938.
 939.
 940.
 941.
 942.
 943.
 944.
 945.
 946.
 947.
 948.
 949.
 950.
 951.
 952.
 953.
 954.
 955.
 956.
 957.
 958.
 959.
 960.
 961.
 962.
 963.
 964.
 965.
 966.
 967.
 968.
 969.
 970.
 971.
 972.
 973.
 974.
 975.
 976.
 977.
 978.
 979.
 980.
 981.
 982.
 983.
 984.
 985.
 986.
 987.
 988.
 989.
 990.
 991.
 992.
 993.
 994.
 995.
 996.
 997.
 998.
 999.
 1000.

Deinde * confirmat hanc sententiam nostram *l. si filius 7. ff. d. liber. ex posthum. hered. instit.* ubi respondet Paulus JC. quod, si filius in potestate constitutus, vivo patre decedat, testamentum non valeat, nec superius rumpatur. In * quo textu indistinctè hoc dicit JC. itaque indistinctè quoque intelligendus erit: si enim

17. distinguendum esse putasset; de facili hoc facere potuisset. Mala * igitur est dissentientium distinctio ad *d. l. 7.* an extranei, an verò legitimi hæredes in posteriori nullo testamento instituti fuerint, ut
18. de illo casu *d. l. 7.* accipienda sit. Ratio * verò est, quare testamentum ob præteritionem & exhæredationem non imperfectum, sed omninò nullum sit: quòd hæredis institutio & exhæredatio de forma sit testamenti. Atquin * ubi forma deficit, res non dicitur imperfecta, sed omninò nulla: siquidem à forma omne esse suum habet.
20. Quam * sententiam nostram impugnat Viglius, *ad §. ex eo autem 7. h. t. n. 6.* cujus argumentum 1. est: quòd Ulpianus *in d. l. tunc autem 2. ff. d. injust. rupt. &c.* secundum testamentum imperfectum, quo primum ob legitimorum hæredum institutionem tollitur, militari testamento æquiparet; in militari autem testamento non minùs testium omissione, quàm filii præteritione testamentum rumpatur. Sicut * igitur militis testamentum ex omissione testium & ex causa præteritionis non habeatur pro nullo & sic testamentum prius ritè factum infirmet ac tollat; ita quoque idem statuendum videatur de testamento pagani, quod aliàs extra casum legitimorum hæredum institutorum nullum esset. Et * sic per consequens per testamentum ejusmodi prius infirmetur.
23. Quæ * quidem speciosa & ingeniosa videtur esse argumentatio; veruntamen facilè ei satisfieri potest: quòd *in d. l. 2.* æquiparetur quidem posterius pagani testamentum, in quo legitimi hæredes instituti, militari testamento, ita ut utrumq; testamentum prius ritè conditum infirmet; sed tamen advertendum, comparationē istam non absolutè; sed secundùm quid accipiendam esse. Et
24. * deinde comparatio ista non est inter militare testamentum & pagani testamentum, quod nullum est; sed inter militare & non ritè nec solenniter factum testamentum. Nam * pro Regula traditur *in d. l. 2.* quòd scil. tunc prius testamentum rumpatur, cùm posterius ritè perfectum est: cujus oppositum est, quando posterius non ritè perfectum, quando scil. de solennitatibus aliquid deest. Jam
26. * excipitur *in d. l. 2.* ab hac regula militis testamentum, sive ob defectum solennitatis alicujus, sive ob causam præteritionis imperfectum, quæ in militis testamento ex privilegio eundem effectum habent; siquidem * militare testamentum non est nullum: § *sed in exhæreda-*
- 27.

*heredatione 6. inst. de exhered. liber. l. sicut 9. & l. seq. C. d. testament. milit. nec inofficiosi querelæ subjacet: l. si instituta 27. §. de inofficioso l. Papinianus 8. §. quis in militia ff. d. inofficios. testam. l. de inofficioso 9. l. testamentum militis 24. l. ult. in pr. C. eod. tit. l. ult. C. qui testam. fac. poss. neque * bonorum possessio datur contra testamentum militis; 28. l. nam in bona 30. ff. d. test. milit. licet Novissimo jure Novell. 115. c. 4. pr. inofficiosi querelæ subjaceat, secundum crebriorem & communio- 29. rem Dd. sententiam. Wefenbec. consil. 17. n. 30. p. 1. Deinde * excipitur in d. l. 2. testamentum, in quo scriptus est, qui ab intestato venire potest: nimirum ejusmodi testamentum excipitur, non quod nullum est, sed quod non ritè conditum & sic imperfectum: omnis namque exceptio de regula esse debet: quæ est ut dictum: quòd prius testamentum per posterius ritè conditum infirmetur. Et * ergò sicut Regula in d. 2. concepta est de testamento non ritè 30. condito; ita quoque exceptio de testamento non ritè condito concepta erit. Neq; * hîc nobis instantia moveri posset: quòd, quandoquidem Regula in d. l. 2. de testamento non ritè condito præcisè accipienda sit, exinde sequatur, quasi per regulam hanc testamentum nullum excludatur. Etenim * de testamento nullo opus 32. non fuit regulam constituere: quoniam sc. per se clarum est, testamentum firmum per testamentum nullum infirmari non posse: nō entis enim nullæ sunt qualitates. Deinde * positâ hâc regulâ testa- 33. mentum prius ritè factum per posterius item ritè factum rumpi & sic à contrario per posterius non ritè conditum non infirmari, tanquam à majori ad minus ultrò sequitur: testamentum prius, quod per posterius non ritè conditum testamentum non rumpitur, nec per nullum testamentum infirmari posse.*

2. Argumentum * Viglii est: quòd inter cætera etiam, quæ absolvunt & perficiunt testamentum, sit & filiorum institutio aut exheredatio. Respondemus *: hoc quidem in genere ita verum 34. esse; sed tamen exinde non sequi, imperfectum & nullum esse juridico modo unum & idem esse: siquidem hæc accuratè à se invicem distinguuntur in d. l. 1. ff. d. injust. rupt. & c. Sicut * irritum fieri 35. testamentum & rumpi confunduntur interdum; quæ tamen à se invicem distincta sunt. §. hoc autem s. b. t. 36.

3. Argumentum * Viglii est: quòd de jure civili testium sollemnitas non minùs requisita sit, quàm filiorum institutio, aut ex- 37.

38. hæredatio. Respondemus *: verum quidem esse posse hoc Viglii
 39. argumentum ; sed tamen consequentiam negari : exinde * enim
 non sequitur, testamentum ratione defectus solennitatis imperfe-
 ctum & testamentum ex causa præteritionis aut exhæredationis
 40. nullum pro eodem haberi : testator * namque solennitates in testa-
 mento suo non observando contra jus civile solum peccat ; filium
 verò prætereundo, aut sine causa exhæredando, contra jus Naturæ
 & officium pietatis peccat. *l. hoc colore 2. ff. d. inofficios. testament.*
 41. Ideoque * magna diversitatis est ratio inter testamentum minus so-
 lenne, & inter testamentum ex causa præteritionis aut exhæreda-
 tionis nullum, sive invalidum.
42. 3. Adducit * Viglius *l. si duobus 12. §. si prius 1. ff. d. bonor. possess.*
contra tabul. ubi respondet Gajus JC. quòd, si prius testamentum ex-
 tet jure factum, quo filius exhæredatus est, sequens imperfectum,
 in quo præteritus filius; hic rectè petat bonorum possessionem con-
 tra posterius testamentum : siquidem filius contra tabulas testa-
 menti, in quo est exhæredatus, bonorum possessionem petere non
 43. potest. *l. non putavit 8. pr. ff. d. t.* Ex * quo sanè textu contra hanc
 sententiam nostram duplex formari potest argumentum.
1. Est : quòd posterius testamentum, in quo præteritus est filius,
 imperfectum dicatur, quod nos nullum diximus : 2. quòd contra
 posterioris testamenti tabulas bonorum possessio peti possit, quæ
 44. petitio validitatem testamenti præsupponere videtur. Verum * nos
 ad 1. argumentum respondemus : quòd in *d. l. 12.* testamentum
 ex causa præteritionis nullum abusivè & impropriè imperfectum
 45. dicatur : ad * 2. respondemus : non dari in *d. l. 12.* bonorum pos-
 sessionem contra tabulas testamenti, quasi ipso jure subsistat testa-
 mentum idque rescindatur per eam, sed ut testamentum pro nullo
 46. declaretur à judice : licet * enim actus aliquis ipso jure sit nullus ;
 tamen declaratione judicis opus est. Bartol. in *l. si ex duobus §. si prius*
ff. d. bon. possess. contr. tabul. ibidemq. Alexand. ubi opinionem hanc
 communem dicit. Jul. Clar. §. *testamentum q. 97.* Grass. *q. 86. n. 4.*
 Treutler. *p. 1. disput. 10. th. 7. lit. C. & ibi Hunn. q. 42.*

Controversia IV.

Emancipatione testamentum irritum non fit.

Summa-

Summaria.

Arrogatione irritum fit testamentum. n. 1.

Excepto militis testamento. n. 2.

Emancipatione tam veterani quàm militis testamentum non fit irritum. n. 3.

Status controversiæ nostræ. n. 4.

Controversiæ hujus negativa sententia probatur. n. 5. 6. 7. & 8.

Hunnii contrariæ sententiæ adstipulantis argumentatio. n. 9.

Refutatio. n. 10. & seqq. usq; ad fin.

PER * arrogationem irritum fieri testamentum, dubium nulum habet. *l. qui ex liberis 11. §. testamento 2. ff. d. bon. possess. secund. tabul.* Excipitur * militis testamentum in *§. deniq; pen. instit. d. milit. testament.* Per * emancipationem autem tam veterani quàm militis testamentum irritum non fit. *l. si à milite 29. §. patri. 3. ff. d. testament. milit.* Quid * verò de pagani filii familiæ testamento sentiendum, an & hoc emancipatione irritum non fit? quòd quidem Interpretum plerique volunt; verum nos eius sumus sententiæ: idem de pagani testamento statuendum esse. Quæ * sententia probatur per textum in *l. consueiuntur 8. §. si post factum 3. ff. d. jure codicill.* ubi respondet Paulus. JC. quòd, si post testamentum codicillos quis confirmaverit, deinde arrogandum se præbuerit & ibi codicillos fecerit, emancipatus autem decesserit, legata non solū ex codicillis debeantur; sed testamentum quoq; valeat. Deinde * probatur eadem sententia nostra per *l. si quis 6. §. fin. ff. d. injust. & c.* ubi respondet Ulpianus JC. emancipatione militis vel veterani testamentum irritum non fieri: idemq; * respondet Ulpianus in *l. 1. §. exigit. 8. versic. sed si filius familiæ. ff. d. bon. possess. secund. tabul.*

Quæ * sententia de hodierno jure in primis vera est, quòd sc. hodie per emancipationem capitis diminutio non ampliùs inducatur, arg. *l. ult. C. d. emancipat. liber.* idq; *suprà libr. 1. tit. 16. contr. 2.* stabilivimus. Neque * obstat, quòd Hunnius *variar. resolut. libr. 2. tract. 7. q. 3. & in resolut. ad Treut. p. 2. disput. 10. th. 7. lit. D.* excipit: militi singularis privilegii loco esse tributum, ne testamentum ejus per capitis diminutionem irritum fiat. *§. pen. instit. d. milit. testam.* Etenim * respondemus: tum quòd emancipatio hodiè capitis diminutio non sit: tum quòd non solū militis testamentum capitis diminutione irritum non fiat, sed nec veterani. Atquin * veterani militum privilegiis non gaudent: si enim testari velint, jure com-

1.

3.

2.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

re com.

- re communi testari necesse habent. *l. fin. in pr. versic. sed & veterani*
12. *C. d. inofficios. testament.* Itaque * falsum est: in vim singularis pri-
vilegii tributum esse militibus: ne testamentum eorum minimâ
13. * igitur vera est ratio, quare minimâ capitis diminutione militis
testamentum irritum non fit: quod respectu castrensis peculii pro
14. patrefamiliâs habeatur. Ergo * emancipatio hîc nihil operatur:
nam miles ante emancipationem respectu castrensis peculii pro
15. patrefamiliâs habitus fuit. At * verò hoc non solum in milite, sed
etiam in veterano & pagano, quasi castrensia peculia habentibus,
obtinere: siquidem & hi respectu quasi castrensi peculiorum pro
patribusfamiliâs habentur, ideoq; etiam super peculiis istis testa-
mentum facere possunt; licet aliâs in patria potestate constituti
16. sint. Sicut * igitur militis & veterani emancipatione testamentum
non fit irritum; ita nec pagani peculium quasi castrense ha-
17. bentis emancipatione irritum fiet: ubi * enim eadem est ratio, ibi
quoque eadem debet esse juris dispositio *l. & idem 11. & l. seq. 12. ff.*
18. *d. legib. & * æquiparatorum idem est iudicium, eadem disciplina.*
Vigl. in §. pen. instit. d. testament. milit. & in §. non tamen 4. b. t. n. 2.
Treutl. p. 1. disp. 10. th. 7. lit. D.

De INOFFICIOSO TESTA- MENTO.

TITULUS XVIII.

Controversia I.

Legitima institutionis titulo relinquenda est.

Summaria,

Fundamentum hujus sententiæ. n. 1.

Obiectio ex *Novell. 18. c. 1. n. 2.*

Solutio. n. 3.

Alia Obiectio. n. 4.

Solutio.

- Solutio. n. 5.
 Alia obiectio. n. 6.
 Solutio. n. 7.
 Obiectio ex Novell. 115. c. 3. pr. n. 8.
 Solutio. n. 9.
 Instantia. n. 10.
 Solutio. n. 11.
 Limitatio. n. 12. & 13.
 Sententia nostra communis est. n. 14.
 Et in Praxi recepta. n. 15.

QUOD * institutionis titulo relinquenda sit legitima; expresse sancitum est in Novell. 115. c. 3. pr. secundum quam non sufficit legitimam per quamlibet donationem, legatum, vel fideicommissum relinqui.

Neque * obstat Novell. 18. c. 1. ibi: *sive quis institutionis modo sive per legati &c.* Siquidem * novella hæc antiquior est d. Novell. 115. ut ideo illa per hanc correctæ sit. Dionys. Gothofred. ad d. Nov. 115.

Non * obstat etiam: quod in testamento patris inter liberos facto tacite subintelligatur clausula, *omni meliori modo*: clausula * namque hæc nihil operatur, ubi circa formam & substantiam actus peccatum est.

Sed * nec obstat, quod obijciunt Dd. testamento patris clausulam condicillarem tacite inesse. Non * enim quærimus hîc, utrum testamentum ut codicillus, sed an ut testamentum valeat, quod negatur.

Denique * non contrariatur d. Novell. 115. c. 5. pr. ibi. *etiamsi certis rebus jussi fuerint esse contenti liberi vel parentes, hoc casu testamentum quidem nullatenus solvi præcipimus.* Etenim * verba hæc secundum verba & mentem d. c. 3. pr. accipienda sunt, ut sensus sit: si hæredes instituti jussi fuerint certis rebus esse contenti; aliâs enim, si sc. hæredes instituti non fuerint, testamentum per inofficiosi querelam infirmari posset. Neque * est ut regerat hîc quis, in d. c. 5. non dici à cohæredibus, sed hæredibus trientem illum in constitutione expressum implendum esse. Frustrâ * namque subtilitates istiusmodi in Novellis constitutionibus quærentur, ut quæ ex Græco in Latium sermonem versæ sunt. Hoc * enim monendum quoque hîc est: sufficere si in minima etiam re, in uncia fortè institutus fuerit filius, ne inofficiosi querelam movere possit. Titulus * namque hæredis & in minima re honorificus reputatur, & jus accre-

14. scendi in ea æquè locum habet, ac si tota legitima institutionis titulo relicta esset. Quæ * est communis Dd. opinio: testibus Julio Claro in §. testamentum q. 38. n. 1. & seqq. & Andreâ Geilio 2. observat. 112. n. 10. & seq. atque * in praxi & usu forensi recepta est. Besold. in delib. libr. 5. q. 25. pr. quamvis ipse ibi cum Vaudo. 1. variar. quest. 5. dissentire videatur. Quam opinionem defendunt quoque Johann. Dauth. d. testament. p. 272. & seq. n. 345. & seq. Hieronym. d. Cævall. in specul. aur. commun. opinion. q. 23. & 507. Vincent. Fufar. d. fideicommiss. substit. q. 660. n. 8. Marc. Anton. Peregrin. d. fideicommiss. artic. 36. n. 55. Matth. Berlich. pract. conclus. 15. Ludolph. Hackelmann. quest. illustr. disput. 6. th. 12. lit. B. Rümlin. Exercit. 9. th. 8.

Controversia II.

Legitima statuto in totum tolli nequit.

Summaria.

Fundamenta sententiæ nostræ. n. 1. 2. & 3.

Quæ in parentum quoque non verò in conjugum & fratrum legitima procedit. n. 4.

Ratio quare minui possit legitima. n. 5. & 6.

Obiectio. n. 7.

Solutio. n. 8.

Sententia nostra communis est. n. 9.

Et in Camera Imperiali practicata. n. 10.

1. **L**egitima * statuto quidem minui potest, non tamen in totum
2. tolli. Quæ * enim ex jure Naturali suam trahunt originem,
sunt immutabilia, jureque civili tolli nequeunt; §. sed naturalia 11.
3. instit. d. I. N. G. & C. legitimam * autem jure naturali deberi; constat ex l. scripto. 7. §. ult. ff. si tabul. testament. null. ex tab. l. cum ratio 7. ff. d. bon. damnat.
4. Quæ * vera sunt quò ad parentum etiam legitimam; Novell. 1. in præfat. §. 2. ibi: patribus atque matribus c. 1. in fin. d. testament. in 6. ibi: licet autem filius testamento suo matrem portione suâ jure Naturæ debitâ privare non possit. non tamen quò ad conjugum & fratrum legitimam. Berlich. pract. conclus. p. 3. conclus. 18. in fin.
5. Quòd * verò minui possit legitima, ejus hæc datur ratio: quia quantitas legitimæ à jure civili inventa est & statuta: l. Papinianus

3. §. quarta 6. ff. d. inofficios. testament. l. omnimodò 30. & seq. C. eod. tit. Novell. 18. c. 1. & Novell. 115. c. 3. quod * verò jus civile introduxit; id etiam corrigere, minuere & emendare potest. l. jus autem civile 6. ff. d. justit. & jur.

Sententiæ * nostræ, quòd in totum tolli non possit legitima, obijcitur hæc ratio: quòd præscriptione tolli ea possit, Sed * respondetur consequentiam negando. Nam ubi præscriptione tollitur legitima; facto illius cui debetur legitima, tollitur ea & amittitur: quia petere & persequi legitimam neglexit.

Atque * hanc esse magis communem Dd. opinionem & æquiores, eamque Cameram Imperialem in pronunciando multoties fuisse secutam; refert Gailius 2. observat. 122. n. 10. Nominatim * verò secundum eam in Camera in causa Wertheim contra Wertheim esse pronunciatum; testatur Mynsinger. cent. 5. observat. 43. Anton. Fab. in codice suo lib. tit. definit. 6. n. 1. & 2. Wessenbec. consil. 24. n. 6. Cævall. q. 112. Sichard. in Cod. ad auth. Novissima d. inofficios. testam. n. 6.

Controversia III.

Statuto induci potest, ut pater pro delicto filii legitimam solvere cogatur.

Summaria.

De iure communi pater pro filio non tenetur. n. 1.

Sententia nostra stabilitur. n. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Obiectio ex Ezechiel. c. 18. n. 8.

Solutio. n. 9.

Alia obiectio. n. 10.

Solutio. n. 11. & 12.

Sententia nostra communis est & practica. n. 13. 14. & 15.

HOc * quidem de iure communi expeditum est, pro delicto filii non teneri patrem, neque quòd ad legitimam, neque quòd ad peculium adventitium; t. t. C. Ne fil. pro patre & tit. C. ad Sct. Maced. l. pen. C. Ne ux. pro marit. illud verò dubium, An statuto induci possit, ut pater pro delicto filii legitimam solvere cogatur? Et * sanè statuto fieri hoc posse; evincitur ex c. 2. x. d. delict. puer. ubi decernit Alexander Pontifex: multam propter delictum pueri quatuordecim annis minoris à patre secundum consuetudinem loci

3. exigi non debere. Ex * quo colligitur: propter delictum pueri
 14. annis majoris mulctam secundum consuetudinem solvere pa-
 4. trem teneri. Quod * statutum exinde rationem habere videtur:
 quod eo parentes in bene educandis liberis suis diligentiores & se-
 5. riores reddantur. Facit * etiam huc: quod, si pacto fieri potest, ut
 pater pœnam pecuniariam pro delicto filii solvere teneatur; statu-
 6. to quoque effici hoc queat: quippe * à pacto ad statutum affirma-
 tive firmum deducitur in jure nostro argumentum: per textum
 singularem in *l. fin. ibiq.* Bartol. Bald. Salycet. & Dd. C. d. *fidejuss.*
 7. Ratio * est: quod major sit potestas legis, quàm hominis. Nicol.
 Everhard. à Midelburgo. in *loc. legat. loc. à pact. ad leg. & c. n. 1.*
 & seqq.
8. Neque * obstat *Ezechiel. c. 18. v. 1. & seqq.* ubi liberi iniquita-
 9. tatem parentum ferre non debent. Nostro * enim in casu non tam
 pater quàm potius ipse filius, qui deliquit reverà, punitur: siqui-
 dem pater legitimam de naturæ jure debet, licet aliàs post mortem
 demum ejus ea præstanda sit.
10. Neque * etiam obstat illa ratio: contra rationem videri na-
 turalem, ut pœnam solvat pater, qui nihil admisit. Nam * quan-
 do deliquit filius, culpæ quodammodò reus videtur pater: si enim
 filium melius educasset, neque ad facinora ejus connivisset; filius
 11. forsan non deliquisset. Hactenus * igitur puniri patrem rationis
 videtur, ut pro delicto filii legitimam vivus præstare debeat, quàm
 filius post mortem ejus aliàs habiturus fuisset. Jason. in *auth. No-*
vissima C. d. inofficios. testam. Alexand. d. *Imol. in l. lex. Cornelia 8. ff.*
 12. *d. vulgar & pupill substit.* ubi * ita in Practica servari subjicit. Jul.
 Clar. in *pract. crimin. §. fin. q. 86. n. 8.* Marc. Anton. Cuch. d. *legit.*
fil. fol. 1097. ubi ita communiter teneri dicit. Dauth. d. *testamen. p.*
288. n. 358. Joseph. Ludovic. *decis. 11. n. 24.* Treutler *p. 1. disput. 13.*
 13. *th. 17. lit. A.* ubi * affirmativam usu receptam esse tradit. *ibiq.* Hunn.
 in *resolut.*

Controversia IV.

*Ad supplementum legitima conditione ex
 lege agi debet.*

Summa.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. & 3.

Quæ communis est. n. 4.

Obiectio. n. 5. & 6.

Solutio. n. 7. & 8.

Instantia n. 9.

Solutio. n. 10.

TOtiens * conditione ex lege agendum, quotiens lege novâ introducta est obligatio, neq; expressum eâdem lege, quo actionis genere experiri debeat. *l. unic. C. d. condict. ex leg.* Atquin * in *l. omnimodò 30. C. h. t.* noviter introductum est, ut si minus legitimâ habeat filius; non inofficiosi querelâ, sed ad supplementum agere debeat. Exinde * igitur sequitur: quod conditione ex lege experiri necesse habeat. Quam * communem esse Dd sententiam, asserit Geilius. 2. *observat. 120. pr.*

Verum * objicitur sententiæ nostræ: quod legitima quota sit hæreditatis, ut evinci videtur ex *l. 35. ff. d. hered. instit.* Ergo * non conditione ex lege; sed vel hæreditatis petitione, vel familiæ eriscundæ judicio experiri oportet. Quæ * obiectio per infirmationem rectè tollitur: quod enim non hæreditatis, sed bonorum quota sit legitima; disertè rescribit Antoninus Imperator in *l. cum queritur. 6. C. h. t.* Et * facit: quod non debeatur legitima, nisi ære alieno prius deducto. *l. Papinianus 8. §. quarta autem 6. ff. h. t.* Tametsi * verò filius in re certa institutus hæredis loco videri possit; juxta *d. l. 35.* tamen * reverà hæres non est, sed potiùs legatarius: & hærestitulo tenus solùm est, quod ad effectum scil. querelæ excludendæ & juris adcrescendi, veluti notat Gailius. *d. observ. 120. n. 4. Cuch. d. legit. ad auth. novissima C. h. t. pag. 10. n. 7. Mantua d. legit. fil. pag. 1082. & 1090. Peregrin. & fideicommiss. artic. 36. n. 153.*

De

HÆREDUM QUALITA-
TE ET DIFFERENTIA.

T I T U L U S XIX.

Ggg 3

Controv.

Controversia I.

Hæres inventarium non conficiens Trebellianicam non perdit.

Summaria.

- Hæres inventarium non conficiens ultra vires hæreditarias tenetur. n. 1.
 Et dolosè quid celans nec testamento inferi curans dupli poenâ tenetur. n. 2.
 Quid de statuto Wirtembergico hîc obtineat. n. 3.
 Hæres inventarium non conficiens integra legata præstare tenetur, nec Falcidiam detrahit, tam de jure Civili quàm statuto Wirtemb. n. 4.
 Controversiæ negativa sententia stabilitur. n. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.
 Quæ consuetudine, in Camera & Rota Romana recepta est. n. 12. 13. & 14.
 Objectio. n. 15.
 Solutio. n. 16. 17. & 18.
 Instantia. n. 19.
 Solutio. n. 20. & 21.
 Alia objectio. n. 22.
 Solutio. n. 23. 24. & 25.

1. **D**E * jure civili hæredem inventarium non conficientem ultra vires hæreditarias teneri creditoribus & legatariis, manifestum est, l. fin. §. cum igitur. C. d. jur. deliber. Novell. 1. c. 2. §. 2. arg. l. more 8. ff. adquir. vel omitt. hæredit. & l. restituta. 37. ff. ad Sc. Trebellian. Quin *
2. si quid dolosè celaverit hæres nec inferi inventario curaverit, ad dupli præstationem tenetur. d. l. fin. §. licentia. 10. C. d. jur. deliber. De *
3. jure Würtembergico conjunx superstes inventarium non conficiens, vel aliquid de hæreditate dolosè celans, usumfructum quoque, quem in bonis defuncti conjugis habet, amittit. Fürstlich. Würtemb. Landrecht. part. 4. tit. 3. §. in massen wir &c. Quæ *
4. in tantum tam de jure civili, quàm statutorio Würtembergico procedunt, ut hæres inventarium non conficiens, integra legata præstari debeat, nec Falcidiam quartam de iis detrahare possit. d. l. fin. §. cum igitur & Novell. 1. c. 2. §. 2.
5. Verùm * quid sentiendum de quarta Trebellianica, quam de fideicommissis universalibus detrahit hæres, An & hanc perdit, quando inventarium non confecit? quæ certè est perdifficilis controversia, non solum propter fundamenta juris, quæ in partem utramque à Dd. adferri solent; sed etiam propter auctoritatem

tatem Dd. qui in hac controversia inter se non conveniunt. Nobis * verò controversiæ hujus sententia Negativa placet. Pro qua adducitur hæc ratio : quòd * nulla lex possit produci, quæ sanciat, hæredem inventarium non conficientem Trebellianicâ privari debere ; sine lege autem ejusmodi juris privationem inducere non licet ; erubescimus * namque sine lege loqui. *Novell 18. 2.* Facit * : quòd sententia hæc nostra per jus novum correctum non reperiatur. Ergò * antiquæ juris dispositioni & hodie inhæredum erit : quòd enim correctum non est, quare stare prohibeatur. *arg. l. precipimus 32. C. d. appellat. & l. sancimus 27. C. d. testament. 3.* Accedit * : quòd in pœnalibus benigniorem & æquior sententiam sequi & odia non ampliare, sed restringere debeamus. *c. odia d. R. I. in 6. l. factum cuiq. 155. §. fin. ff. eod. tit. & l. pen. ff. d. pœn. 4.* Denique * sententiam hanc haud leviter confirmat : quòd ea non solum consuetudine à Baldo *consil. 383. vol. 1.* Corneo *consil. 80. in 8. dub. vol. 4.* Socin. Jun. *consil. 137. vol. 1. & consil. 88. & decis. 314.* relatis ab Andrea Fachinæo *controvers. jur. libr. 4. c. 38.* sed * etiam in Camera Imperiali recepta dicatur ab Andrea Geilio *libr. 2. observ. 138. n. 14.* & Joachimo Mynsingero *cent. 3. observat. 60.* Et * quod eam Rota quoque Romana secuta sit ; post Cassiodorum *tit. d. testament. decis. 3. n. 6.* testatur Fachinæus *d. l. versic. ubi verò & c.*

In * contrarium verò ab affirmativæ sententiæ patronis adfertur 1. quòd Falcidia persæpè in jure nostro ita accipiatur, ut Trebellianicam quoq; contineat, veluti in *l. cum filiofamiliâs 11. §. d. legat. 1. l. irritum 8. l. si ut allegas 11. C. ad L. Falcid. & l. jubemus. 6. C. ad Sc. Trebellian.* Respondemus * : quòd quidem Falcidia confundatur interdum cum Trebellianica ; sed tamen propriè loquendo utraque differat inter se : siquidem * Falcidia in legatis, Trebellianica verò in fideicommissis propriè locum habet. Atquin * in odiosis verba propriè sunt accipienda, nec extensio facienda, secundum *d. c. odia. l. factum cuiq. 155. & l. pen.* Neque * instantia hîc nobis dari poterit : quasi fideicommissa hodie legatis per omnia exæquata dicantur : in *§. sed olim 2. & seq. 3. & in l. 2. C. commun. legat.* hanc * enim legatorum & fideicommissorum exæquationem de legatis & fideicommissis singularibus communissimè Dd. intelligunt. Et * quòd quò ad verborum conceptionem & modum reliquendi

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

linquendi legata & fideicommissa adhuc hodie differant ; tradit Welsenbecius. *ad d. §. 3. n. 4.*

22. 2. Adducitur * à dissentientibus illa ratio : quòd hæres inventarium non conficiens ultra vires hæreditarias teneri dicatur, non solum creditoribus aliis, sed etiam legatariis & fideicommissariis.
23. *d. Novell. c. 2. §. 2.* Respondetur * : verum hoc esse in fideicommissis particularibus, non in universalibus. Atquin * Trebellianica in
24. fideicommissis universalibus solum; Falcidia verò in legatis & fideicommissis particularibus locum habet. Proinde * argumentatio ab illa ad hanc non procedit. Quam sententiam nostram ex antiquioribus quoque Jcc. præcipui tenent. Johann. Andr. *in addit. Speculat rit. d. instrument. edit. verb. fecerit* Bartol. *in §. fin. verò expressim Novell. 1. & in auth. sed cum testator C. ad. L. Falcid. & consil. 2.* Cravett. *consil. 17.* Menoch. *consil. 272. n. 83. vol. 3.* Cachieran. *decis. pedemont. 142.* Gail. *d. observat. 138.* Mynsing. *d. obs. 60.* Fachin. *d. l. Valsq. d. success. creat. libr. 1. §. 8. n. 14.* Cardinal. Tusch. *conclus. pract. lit. T. conclus. 389.* Harppr. *ad §. 6. h. t. n. 20.* Treutler. *p. 2. disput. 12. th. 9. lit. A.*

Controversia II.

Nec filius inventarium non conficiens legitimam perdit.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. & 4.

Obiectio. n. 5.

Solutio. n. 6. & 7.

Sententia nostra communis est & practica. n. 8.

Ejus limitatio. n. 9.

1. **I**N * præcedenti controversia satis, ut opinamur, probatum fuit, hæredem inventario non confecto Trebellianicam non perdere; multò minus igitur filius ob inventarium non confectum legitimam perdet, quæ ei de naturæ jure debetur : inprimis * verò, quòd nec hîc contrarium de jure cautum reperiatur. Et * facit: quòd legitima nec directè nec indirectè tolli vel præjudicium in ea fieri possit, nec debeat. *l. quoniam 23. & l. scimus 36. §. cum autem 1. C. d. inoffic. testament. & Novell. 36. c. 1.* Eademque * sententia confirmatur :

matur: quod legitima non hereditatis, sed bonorum sit quota. l. Papinianus 8. §. quarta autem 6. ff. d. inoffic. testament. Gail. 2. observ. 120. n. 3.

Sententiæ * nostræ non obstat: quod Falcidia propter inventarium non confectum amittatur: veluti hoc in præcedenti controversia pro dubitandi ratione adductum fuit. Si * enim à Falcidia ad Trebellianicam argumentatio non procedit, nec ab illa ad hanc procedet. Nam * & inter Falcidiam & legitimam omnino diversa est ratio: siquidem illa de jure civili introducta est; ista verò de naturæ jure debetur.

Quæ * est communis Dd. & in Camera Imperiali practicata sententia: & * obtinet, nisi fraus & interceptio bonorum manifestè probetur: teste Gailio. libr. 2. observat. 38. n. 14. Petr. Costal. ad l. 8. §. si Imperator. ff. d. inoffic. testament. Roland. à Valle d. confect. invent. §. dubitatio oritur. Mynsing. ad §. sed nostra 6. h. t. n. 23. ibid. Harpprecht. d. l. Fachin. d. l. Valsq. d. succ. creat. libr. 1. §. 8. n. 1. Tusch. practica. conclus. 213. lit. T. Guid. Pap. decis. 53. n. 1. Treutl. p. 2. disp. 12. th. 9. sub lit. A. & ibi Bachov.

Controversia II I.

Nuda voluntas ad hereditatis aditionem non sufficit.

Summaria.

Pro hærede gestione & nudâ voluntate quis hæres fieri potest. n. 1. & 2. Iohannis Fabri & Angeli nudam animi destinationem ad hereditatis acquisitionem sufficere, sententia. n. 3.

Contraria Bartoli sententia stabilitur. n. 4. 5. 6. 7. & 8. Fabri & Angeli adductis textibus respondetur. n. 9. 10. & 11.

T Radit Justinianus Imperator in §. fin. h. t. quod * extraneus hæres testamento institutus, aut ab intestato vocatus possit aut pro hærede gerendo, aut etiam nudâ voluntate suscipiente hæreditatis hæres fieri: illud * fit, quando actus hæreditarios exercet hæres; hoc verò an nudâ voluntate in animo retentâ fieri possit, inter se Doctores non conveniunt. Johannes * Faber & Angelus in d. §. fin. sentiunt, nudam voluntatem sive nudam animi destinationem sufficere; quod * rectius negat Bartolus in l. gerit. 88. ff. d. ad-

H h h

quir.

6. *quir. vel. omitt. heredit.* Nam * velle non videtur, qui non aliquo
 7. modo significaverit voluntatem suam: & * tum aliquis ferè velle
 8. videtur, quando animum suum exteriori aliquo signo declarave-
 9. rit. Destinatio * etiam mente retenta nullum parit effectum: at-
 que * propositum sive actus in mente retentus nihil operatur. *l. si
 repetendi 7. C. d. condict. ob. caus. dat.*
10. Pro * Fabro & Angelo non faciunt *d. l. gerit 88. l. pro hære-
 de 20. in pr. ff. d. acquir. vel omitt. heredit. l. si avia 6. C. d. jur. deliber.*
 & *d. § fin h. t.* in quibus textibus solà animi destinatione hæres quis
 11. fieri traditur. Etenim * hoc dicitur ibi oppositivè ad modum ad-
 quirendæ hereditatis, qui sit pro hærede gestione, quando quis hæ-
 reditatem ipso facto adit, eam administrat & actus hereditarios ex-
 12. ercet; non * tamen excluditur ibi animi declaratio hereditatem
 adeuntis. Eandemque sententiam amplectitur Viglius *ad d. §. fin.*
n. 2 & 3 Menoch. libr. 4. præsumpt. 99. n. 6. Bocer. Class. 3 disput. 11.
th. 33. Harpp. ad d. §. fin. n. 8. & seqq. pluresq; ibi allegati. Treutl. p. 2.
disp. 12. th. 5. lit. B.

De LEGATIS.

TITULUS XX.

Controversia I.

Legata ab hærede præstari debent.

Summaria.

Nonnullorum Interpretum §. 1. *h. t.* emendantium sententia. *n. 1. 2. & 3.*
 Quorum argumentis respondetur. *n. 4. 5. & 6.*

1. **N**onnulli * ex Interpretibus §. 1. *h. t.* illa verba, *ab hærede præ-*
 2. *standa sunt*, tanquam spuria rejicienda esse censent. Et * hoc
 duplici ex ratione: 1. quia à legatario, fideicommissario, & ab i-
 pso testatore legata quoque præstari possint: *l. 22. d. legat. 2. l. 5. §. fin.*
 3. *cum l. seq. d. legat. 3. l. 11. C. b. r. 2.* quoniam * rectà viâ à testatore
 in le-

in legatarium transeant legata, proinde non videri ab hærede præstari ea debere. Verum * nos ad priorem rationem respondemus: licet à legatario, fideicommissario & ipso testatore interdum quoq; præstentur legata: tamen ut plurimum ab hærede præstanda sunt. Ad * posteriorem rationem respondemus: quòd dominium quidem rei legatæ rectâ viâ absque facto hæredis in legatarium transeat; non tamen ipsa possessio. Possessionem * rei legatæ propriâ auctoritate & sine facto hæredis occupare non potest legatarius; sed ab hærede præstari ea debet, veluti probatur ex l. 1. §. 2. ff. quod legat. &c. Anton. Fab. conject. libr. 6. c. 1. Donell. 8. comm. 1. Duaren. pr. d. legat. 1. Cujac. in w. d. legat. 1. Vultej. ad §. 1. h. t. n. 5. Anton. Matth. hic in not.

Controversia II.

Legata fideicommissis exæquata sunt.

Summaria.

Fundamentum hujus sententiæ. n. 1. & 2.

Legatorum & fideicommissorum exæquatio effectus ratione intelligenda est.

n. 3. & 4.

Obiectio ex §. 2. instit. d. singul. reb. per fideicommiss. relict. n. 3. & 6.

Solutio. n. 7. & 8.

Quæ legatorum & fideicommissorum exæquatio Vlpiani tempore non fuit.

n. 9. 10. & 11.

Legata * fideicommissis per omnia exæquata esse hodie; traditur in §. 2. & 3. seq. h. t. l. 1. & 2. C. comm. legat. quod * de legatis & fideicommissis singularibus communissimè Dd. intelligunt. Hæc * autem legatorum & fideicommissorum exæquatio effectus ratione intelligenda est: siquidem * quòd ad verborum conceptionem & modum relinquendi legata & fideicommissa adhuc hodie differunt. W esenb. ad §. 3. h. t. n. 4.

Sed * opponitur §. 2. Instit. d. sing. reb. per fid. relict. in quo sancitur: interesse an ex fideicommissi causa libertatem habeat libertus, an verò ex ipso testamento, ut priori casu manumittentis, siue hæredis siue legatarii sit libertus; posteriori autem casu testatoris sit libertus. Quomodo * certè & hodie inter legata & fideicommissa videtur esse differentia. Respondendum * hîc est: quòd ad libertatis dationem duntaxat inter legata & fideicommissa veram esse hodie differentiam. Neque * enim verba Justiniani hîc

4.

5.

6.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

superfluitiosè captanda: quippe nulla datur Regala, quæ non aliquam exceptionem patiatur. D. Bachov. p. 2. disputat. 13. thes. 1. lit. H.

9. Illud * quoque dubium, an Ulpiani etiam tempore hæc legatorum & fideicommissorum exæquatio fuerit? quod videtur ex l. 1. ff. h. t. ubi ait Ulpianus: legata fideicommissis per omnia exæquata esse. Verum * licet in multis Ulpiani etiam tempore legata & fideicommissa exæquata fuerint; tamen non in omnibus exæquata ea fuere. Illa * enim verba in d. l. 1. per omnia, in plerisque etiam juris effectibus verificari queunt. Joh. Sichard. in Codic. libr. 6. tit. 34. in rubric. n. 1. & 2. Francisc. d. Barry d. succ. libr. 9. tit. 1. D. Rümelin. Exercit. 10. th. 2. lit. D.

Controversia III.

Res quæ in hæredis commercio non est, si in legatarii commercio sit, legari potest.

Summaria.

Res quæ simpliciter in commercio non est, planè legari non potest. n. 1.

Vbi res secundum quid in commercio non est, distinguitur. n. 2. 3. & 4.

Obiectio ex l. 40. ff. d. legat. 1. n. 5.

Cujacii d. l. 40. emendantis sententia rejicitur. n. 6.

Verus sensus d. l. 40. traditur. n. 7. 8. 9. & 10.

Responsio ad d. l. 40. n. 11. & 12.

Obiectio ex l. fideicommissa 11. §. 16. ff. d. legat. 3. n. 13.

Solutio. n. 14. & 15.

Obiectio ex l. 114. §. 5. ff. legat. 1. n. 16.

Solutio. n. 17. 18. & 19.

1. Illud * certum, quod res, quæ simpliciter in commercio non est, legari non possit, ita ut nec æstimatio ejus debeatur. Hoc * verò controversum, an res, quæ secundum quid in commercio non est, legari queat, ita ut æstimatio saltem debeatur? In qua * sanè controversia distinguendum, an res in hæredis commercio non sit; an verò in legatarii commercio non sit. Priori * causa æstimatio rei debetur; posteriori verò casu non item. l. 49. §. 3. d. legat. 2. l. 114. §. 5. de legat. 1. l. 34. ff. d. V. O.

2. Sed * in contrarium militare videtur l. sed si res aliena 40. ff. d. legat. 1. qui sanè textus perplexus est, & doctissimorum torfit ingenia, ita ut Cujacius ad d. l. 34. voculam Non in d. l. 40. expunxerit & le-

& legerit, cuius possidendi est. Verum * hunc violentum leges interpretandi & conciliandi modum jam sæpè detestati sumus. Ut * autem perspicuus sit *d. l. 40.* intellectus; sciendum: in *d. l. 40.* de legatario commercium rei legatæ non habente; & de fideicommissario, commercium quidem rei legatæ habente, non tamen jus possidendi habente, tractari. Quod * res fiat planior; *d. l. 40.* per exemplum declarabimus. Titio Christianum mancipium sub ea conditione venditum fuit, ne extra Italiam illud deportaretur. Titius condit testamentum, in eoque mancipium hoc Mævio Judæo (qui commercium ejus non habet) legat, eundemq; per fideicommissum rogat: ut mancipium Sempronio, civi Romano & extra Italiam habitanti, restitueret. Quo * casu hæres Titii æstimationem mancipii præstare tenetur, non tam in legatarii favorem, quam potius in Sempronii fideicommissarii gratiam; ut legatarius ei æstimationem restituere possit. Quamvis * enim jus possidendi mancipii (propter conditionem emptioni venditioni adpositam) non habeat fideicommissarius; tamen commercium ejus habet. Quapropter, * ut breviter ad *d. l. 40.* respondeamus, interest: An commercium rei legatæ non habeat legatarius; an vero jus possidendi solum non habeat. Si * commercium rei legatæ non habeat; æstimatio non debetur; sin verò jus possidendi duntaxat non habeat, æstimatio omninò debetur. Ita legem hanc interpretantur post Donellum ad *d. l. 34.* D. Gæddæus, *d. contrah. & committ. stipul. c. 6. conclus. 10. num. 118.* D. Harpprechtus hîc *n. 22.* & plures ab eo ibidem allegati.

Porro * opinioni nostræ adversari videtur. *l. fideicommissa. 11. §. 16. d. legat. 3.* ubi habetur: militiâ servo relictâ, si sciverit testator servum esse, æstimationem domino deberi. Verum * licet commercium militiæ non habeat servus; tamen dominus commercium ejus habet. Et * proinde quando testator servo militiam scienter reliquit, ipsi domino in persona servi eam reliquisse videtur.

Repugnare * etiam videtur *l. filiusfamiliæ. 114. §. 5. d. legat. 1.* Sed ipsa lex responsionem suppeditat. Namq; * evidenter separatur ibi Marcianus casum, quo commercium rei legatæ non habet legatarius, ab eo casu, quo propter aliquod corporis vitium vel aliam probabilem causam usum ejus possidere non potest. Veluti *

19.

si claudio aut loripedi cursoris, vel muto cantoris officium, vel prædium alicui, cuius retractum habet consanguineus, legetur. Illo * casu æstimatio non debetur; hoc verò casu debetur. D. Harppr. *bic num. 21.* Peregrin. *d. fideicommiss. art. 11. n. 106. & seq.* Barrius, *d. succ. libr. 9. tit. 3. n. 17. & seqq.*

Controversia IV.

Inter verbis conjunctos jus adcrescendi locum non habet.

Summaria.

Triplex traditur à Dd. conjunctio, verbalis, realis & mixta. *n. 1.*

Quæ sit verbalis. *n. 2.*

Quæ sit, realis. *n. 3.*

Quæ mixta. *n. 4. & 5.*

Quæ sit disjunctio. *n. 6.*

Quatenus disjunctio conjunctio dici possit. *n. 7. & 8.*

Autor hîc aliam conjunctionem, nisi realem, non agnoscit. *n. 9. 10. 11. 12. & 13.*

Status præsentis controversiæ. *n. 14. & 15.*

Ejus sententia negativa stabilitur. *16. 17. 18. 19. 20. 21. & 22.*

Objectio *ex l. 89. ff. d. legat. 3. n. 23.*

Solutio, *n. 24. 25. 26. 27. & 28.*

Objectio *ex l. 16 §. fin. ff. delegat. 1. n. 29.*

Solutio. *n. 30. 31. & 32.*

Contraria affirmativa sententia magis communis & receptissima est. *n. 33.*

1.

2.

3.

4.

5.

TRiplicem * tradunt Dd. conjunctionem: verbalem, realem, & mixtam. Verbalem * dicunt illam: quando testator unâ oratione hæredes, vel legatarios complexus est. Quod * fit vel pro diviso, vel pro indiviso: pro diviso, ut si exempli gratiâ ita legat testator: *Titio & Mævio fundum Cornelianum aquis ex partibus do, lego;* pro indiviso: quando ea cum reali conjunctione concurrit. Realis * autem conjunctio est, quando testator re ipsâ ita conjungit legatarios, ut iis quid pro indiviso leget: ut si exempli gratiâ ita legat testator: *Titio & Mævio fundum Cornelianum de lego:* ubi testator non solum verbis, sed etiam re ipsa conjungit legatarios, dum iis fundum pro indiviso legat. Mixtam * conjunctionem dicunt Dd. quæ partim verbalis est, partim verò realis, & in ante tradita reali conjunctione contingit: nam * verbalis quidem sine reali consistere potest, non tamen realis sine verbali, quæ propriè
realis

realis est. Disjunctio * est : quando testator legatarios diversis orationibus complexus est, ut si ita legat testator : *Titio fundum Cornelianum do, lego : Mavio eundem fundum Cornelianum do, lego.* Quæ * quidem disjunctio conjunctio eatenus dici potest, quatenus eadem res duobus legata est; reverà tamen & propriè est disjunctio : quoniam * scil. testator legatarios diversis orationibus complexus est : ideoque etiam in *l. re conjuncti 84. l. planè 34. pr. ff. d. legat. 1. l. unic. §. his ita definitis 10. C. d. caduc. tollend. & §. si eandem 8. h. t.* conjunctio hæc reali & verbali opponitur. Nos * sanè hîc nullam aliam agnoscimus conjunctionem, nisi realem, quæ verum juris effectum habeat & in qua jus adcrescendi obtineat. Verbalis * namque per se & sine reali effectum juris non habet : cum jus adcrescendi in ea locum non habeat, sicut hoc ex sequentibus patebit. Ad * mixtam quod attinet, illa reverà realis est : realiter enim legatarios conjungere non potest testator, nisi eos etiam unâ eâdemque oratione complectatur : illa * namque realis conjunctio, quæ diversis orationibus contingit, reverà realis non est : licet enim eandem rem testator legaverit legatariis ; tamen eos separavit. Proinde * conjunctio hæc perfectè realis non est : quotiens enim in rei alicujus perfectione duo conjunctim requiruntur, non sufficit unum, sed utrumque adesse debet.

Quibus ita præmissis jam ad controversiam veniendum est : An * scil. inter verbis conjunctos locus sit juri adcrescendi, de quo ingens inter Doctores est contentio. Equidem * si lis hæc ex veritate Theorica dirimenda, nos sententiam amplectimur negativam, cum Antonio Fabro in *ration. ad l. 1. ff. d. usufruct. adcresc. & error. pragmat. decad. 49. error. 4.* Pro * qua fortiter pugnat hæc ratio : totiens jus adcrescendi esse, quotiens in duobus, qui solidum habuerunt, concursu divisio facta est : veluti respondit Neratius JC. in *l. idem Neratius 3. pr. ff. d. usufruct. adcresc.* Atquin * verbis solum conjuncti semper, ab initio etiam suas partes habent. *d. l. re conjuncti 89. ff. d. legat. 3.* Sententiam * nostram perspicuè quoque probat *l. cum singulis pen. ff. d. usufruct. adcresc.* ubi respondit Papinianus JC. inter eos, quibus rei fructus æquis portionibus legatus est, cessare jus adcrescendi. Et * facit hîc : quòd Justinianus Imperator verbalis conjunctionis in *d. §. 8. h. t.* nullam planè mentionem faciat. Item * verbis conjunctos re ipsâ & reverà conjunctos

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

ctos

21. ctos non esse, sed disjunctos: cum * testator cuilibet suam partem determinarit. *l. & Proculo placebat 20. ff. d. legat. 2.* Atquin inter disjunctos jus adcrescendi non obtinet. *d. l. 1. ff. d. usufruct. adcrescend.* Et * licet legatarios, vel heredes unâ oratione conjunxerit testator; tamen non tam conjunxisse eos, quàm celeritè dixisse videtur: veluti eleganter responsum est à Pomponio J.C. in *l. si ita quis heredes 66. ff. d. hered. instit.*
22. Neque * obstat sententia nostra *d. l. re conjuncti 89. ff. d. legat. 3. circ. fin.* in qua dicitur: quòd verbis conjunctus præferatur re conjuncto. Omnium * optimè respondet hîc Antonius Faber *d. l. cum Antonio Goveano: quòd d. l. 89. de casu tractet singulari*, quando sc. testator ita legavit: *Mævio & Sejo fundum Cornelianum equis portionibus do, lego: eundem fundum Titio do, lego.* Quo * sanè casu propter concusum Titii ex accidenti fit, ut Mævius, qui cum Sejo ante verbis conjunctus erat, ex postfacto pro re & verbis conjuncto habeatur, & idè non solum jus adcrescendi habeat,
23. sed etiam Titio re tantum conjuncto (sive potius disjuncto) præferatur. Pro * re & verbis conjuncto autè habetur Mævius, non quidè ex voluntate testatoris expressa, sed tacita: ordine * scripturæ prætulit testator Mævium Titio; verisimiliter igitur voluit: illum in effectu re & verbis conjunctum esse. Et * hæc solutio minimè divinatoria; sed in *l. Mævio 41. pr. ff. d. legat. 2.* expressè fundata est.
24. Non * obstat etiam *l. si duobus 16. §. si Titio fin. d. legat. 1.* ubi traditur à Pomponio J.C. quòd, si Titio & posthumo viriles partes dederit testator; non nato posthumo Titio totum debeatur legatum. Etenim * respondetur rursus cum Fabio *dd. ll. idè in d. l. 16.* locum esse juri adcrescendi: quia posthumus concursu demum suam partem habet. Cum * enim nondum natus sit, partem suam ab initio habere non potest; sed concursu demum eam accipit. Dictum * verò est suprà; inter eos, qui concursu suas habent partes, jus adcrescendi locum habere, quare & hîc locum habebit. Qua opinionem tuentur quoque Paul. *d. Castr. in l. Lucius §. qui habebat ff. ad Sc. Trebellian.* Papon. in pract. sua in form. libell. quo agitur ex substitutione. Valq. *d. success. tit. d. jur. adcrescend. n. 103.* Cujac. *libr. 15. observ. 4. & 24 observ. 34. & ad African. tract. 5.* Hotomann. *ad d. §. 8. atq; Harpp. ibid. n. 10. & seqq. tom. 2.* Contrariam
25. * tamen affirmativam sententiam tanquam magis communem & receptis-

receptissimam amplectuntur Marc. Anton. Peregrin. d. fidei comm. artic. 9. n. 7. & 8. Vincent. Fusar. d. substit. q. 495. n. 14. cum mult. ibi allegat. Gomef. variar. resolut. tom. 1. c. 10. n. 32. Duaren. d. jur. ad. cresc. libr. 1. c. 10. Treluter. p. 2. disput. 13. th. 3. lit. C, ibiq. Bachov. Anton. Matth. in colleg. instit. disp. 13. th. 9.

Controversia V.

Si legatario res propria legetur, inutile est legatum; ita ut nec aestimatio debeat.

Summaria.

Fundamentum huius sententiae. n. 1.

Ampliatio ejus. n. 2.

Ratio adducitur. n. 3.

Obiectio ex l. 1. in fin. ff. d. Regul. Caton. n. 4.

Solutio. n. 5.

Ratio solutionis. n. 6. & 7.

QUæ * sententia probatur per l. cetera 41. §. tractari. 2. ff. d. legat. 1. Et * vera est: licet legatarius rem propriam sibi legatam vivo testatore alienaverit. Legatum * enim ab initio non valens, tractu temporis non reconvalescit. l. 1. ff. d. Regul. Caton. l. quod ab initio 29. ff. d. R. I.

Verum * obijcitur. d. l. 1. in fin. ff. d. Regul. Caton. ubi respondit Celsus JC. quod, si legatus sit fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, eum verò vivo testatore alienaveris; legatum debeat, quod non deberetur, si testator statim decessisset. Respondetur *: rem propriam legatarii ei tum legari posse, si sub ea conditione expressè relinquatur: si vivo testatore eam alienaverit legatarius, quo casu legatum validum, si res vivo testatore alienata fuerit. Ratio * est: quod Regula Catoniana, legatum ab initio invalidum inutile pronuncians, quandoque decesserit testator, ad legata conditionalia non pertineat: d. l. 1. & l. 3. ff. d. Regul. Caton. d. l. 41. §. 2. siquidem * dies eorum non à tempore mortis testatoris, sed à tempore conditionis existentis, vel deficientis cedit. Ferdinand. Vasc. d. success. progress. libr. 3. §. 27. n. 36. ubi alias insuper limitationes subjicit. Wesenbec. in w. ff. tit. d. Regul. Caton. Franc. Barrius. d. success. libr. 9. tit. 3. n. 16. Dauth. d. testament. pag. 259. n. 319. Treutler. p. 2. disput. 13. th. 5. lit. 3.

Controversia VI.

*Plus valet, quod est in veritate, quàm
quod in opinione est.*

Summaria.

Justiniani sententia in §. 11. h. t. n. 1. & 2.

Ulpiani I.C. contrarium responsum in l. 15. ff. d. acquir. vel omitt. hered. n. 3.

Cum Ulpiano convenire videtur Labeo I.C. in l. 2. §. 15. ff. pro empt. n. 4.

Et Paulus I.C. in l. 18. §. 3. ff. d. injur. n. 5.

Nicolai de Passeribus desperata conciliatio. n. 6.

Iulii Pacii conciliatio. n. 7.

Quæ rejicitur. n. 8.

Autor communem Dd. distinctionem sequitur. n. 9. & 10.

1. **A** It * Justinianus Imperator in §. si quis rem 11. h. t. quòd, si quis
2. rem suam quasi alienam legaverit, valeat legatum: hanc * sub-
3. jiciens rationem: plus valere quod in veritate est, quàm quod in
opinione. Aliter * respondere videtur Ulpianus J.C. in l. is qui pu-
tat 15. ff. d. acquir. vel omitt. hered. ubi dicit: eum, qui putat, se
necessarium esse heredem, cum sit voluntarius, non posse repu-
diare hereditatem, hanc addens rationem: quòd plus sit in opi-
nione, quàm quod in veritate. Cum * Ulpiano concordare videtur
4. Labeo J.C. in l. pro empt. 2. §. si à pupillo 15. & 16. ff. pro empt. ubi respon-
det: si à furioso, quem putem sanæ mentis, emero, utilitatis causâ
5. emere me posse, quamvis nulla emptio esset. Consentire * etiam
videtur Paulus J.C. in l. eum qui 18. §. si injuria 3. ff. d. injur.
6. Quos sanè textus alii aliter conciliare student. Nicolaus *
de Passeribus à Genoa in conciliat. leg. p. m. 461. hanc difficilem si-
bi videri antimoniam fatetur, ideoque de ejus conciliatione
desperabundus lectorem more solito cogitabundum dimittit. Ju-
lius * Pacius verò, évayhoφav. cent 5 q. 95. dubiũ hoc ita solvit: quòd
7. pro diversitate casuum modò plus valeat, quod in opinione est,
quàm quod in veritate; modò verò plus valeat, quod in veritate
8. est, quàm quod in opinione. Verum * non addit Pacius, quare in
adductis textibus pro casuum diversitate diversum jus introdu-
ctum sit.

Illa * communis est Dd. distinctio inter ea quæ in solo animo consistunt, ut sunt hæreditatis aditio, quæ solo animo adquiri potest, §. *fin. instit. d. hered. qualit. & different.* delicta & alia, quæ ab animo & ~~degaueor~~ æstimantur, animo opinioneque perficiuntur & certum agentis propositum requirunt; & inter ea, quæ in solo animo non consistunt, sed in facto, sicut sunt legata, in quibus factum exigitur: in * illis plus valet quod in opinione est; quàm quod in veritate; in his verò plus valet, quod in veritate est, quàm quod in opinione. Quam distinctionem tradunt Accursius in d. §. 11. in verb. in opinione Bartol. in d. l. 15. & in l. gerit. 88. ff. d. *adquir. hered.* Theodor. Streitmann. in *suis antinom.* 23. Johan. Bellon. in *contrar.* 22. Harppr. ad d. §. 11. n. 2. & *seqq. tom. 1.* Bachov. p. 2. *disp. 13. th. 5. lit. B. pag. 812.*

Controversia VII.

Si debitor creditori debitum in diem vel conditionale purè legaverit, & dies vel conditio vivo testatore extiterit; legatum irritum non fit.

Summaria.

Legatum nullam utilitatem habens inutile est. n. 1. & 2.

Debiti in diem vel sub conditione utile esse potest legatum. n. 3. 4. & 5.

Contrarius esse videtur Paulus IC. in l. 82. ff. d. *legat. 2.* n. 6.

Nonnulli antimoniam hic statuunt. n. 7.

Quorum sententia improbatur. n. 8.

Conciliatio Pauli cum Iustiniano & Papiniano. n. 9. 10. 11. & 12.

IN utile * est legatum, si nullum commodum exinde habeat legatarius. Unde si debitor creditori suo debitum legaverit, inutiliter hoc fecit; quoniam * præter debitum nihil amplius est in legato isto. Quid * si verò debitum in diem, vel conditionale purè legaverit debitor, utile est legatum, propter repræsentationem. Idque * verum est; licet vivo testatore dies, vel conditio extiterit: quia semel constitit legatum istud. Ita * tradit Justinianus Imperator in §. *ex contrario* 14. h. r. & ante eum sensit Papinianus JC. in l. *verbis* 5. ff. ad L. *Falcid.*

6. A * Papiniano autem dissentire videtur Paulus JC. in l. debitor 82. ff. d. legat. 2. ibi: *quod si vivo testatore annus superveniat: dicendum erit inutile effici legatum, quanquam constiterit ab initio.* quæ *
 7. sanè verba Papiniani responso è diametro contrariari videntur: addeò ut quidam inter textus hosce inexplicabilem antinomiam consistere putarint. Verùm * cùm ex mente Justiniani nulla sit in
 8. jure nostro antinomia, alia conciliandi ratio quærenda erit. Quare * dicendum: Justinianum in d. §. 14. & Papinianum in d. l. 5. respectu substantiæ legati intelligendum esse: ut sensus sit: licet *
 9. vivo testatore dies vel conditio venerit; tamen legatum minimè
 10. extinguì, sed post mortem testatoris peti nihilominus posse. Sed *
 11. verò Paulus in d. l. 82. respectu commodi legati intelligendus est: quasi * dixisset ibidem, legatum hoc ideò nullum habere commodum sive utilitatem: quia existente die, vel conditione, debitum statim peti possit; legatum autem post mortem demum debitoris sive testatoris. Sic verissimè Paulum cum Papiniano conciliat Accurs. ad d. §. 14. versic. *quid si vivo verb. utile esse.* Bartol. in d. l. debitor. 82. Francisc. Barrius d. success. libr. 9. tit. 32. num. 6. D. Harpprecht. ad d. §. 14. n. 7. & 8. tom. 2. Treutler. p. 2. disputat. 11. lit. 1. ibique Bachov.

Controversia VIII.

Si debitor in mora fuerit legatum præstandi, etiam de naturali & fortuito rei legata interitu tenetur.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. & 4.
 Obiectio ex l. 14. §. fin. ff. deposit. n. 5.
 Solutio. n. 6. 7. & 8.
 Sententiæ hujus ampliatio. n. 9.
 Obiectio. n. 10.
 Solutio. n. 11.

12. Sic * disertè respondit Ulpianus JC. in l. cùm res legata 47. §. 2. fin. ff. d. legat. 1. elegantem * hanc subjiciens rationem: potuisse legatarium rem legatam acceptam vendere. Et * tum res legata apud alium periisset. Quæ * opinio nostra probatur etiam per

per textum in *l. item si verberatum* 15. §. *fin. ff. d. R. V.* ubi respondit idem Vlpianus: homine aut animali post moram debitoris mortuo, periculum ad ipsum debitorem spectare.

Objicitur * *hic l. plures* 14. §. *fin. ff. deposit.* ubi respondit Gajus JC. quod, si sui naturâ mortuus sit homo, licet post moram debitoris; tamen naturalis interitus non ad reum, sed ad actorem pertineat. Respondetur * hoc in *d. l. 14.* non simpliciter affirmari, sed cum hoc temperamento: utique cum interitura esset res, etsi restituta esset actori. Proinde * verba hæc non decisionem præcedentis sententiæ, quasi regulariter hoc præsumatur, sed conditionem continent. Quem * legis hujus intellectum suadet omnino *d. l. 47. Harpprecht. ad §. 16. h. t. n. 9. & seqq. tom. 2. Treutler. p. 2. disput. 13. th. ult. lit. H. Cujac. & Donell. in l. 23. ff. d. V. O.*

Planè * si factio hæredis perierit servus, hæres æstimationem nihilominus præstare tenetur, etsi ignarus sit legatum esse servum. *l. si servum* 91. §. *de illo queritur* 2. ff. *d. V. O. l. quidem ita testamento* 25. §. *pen. ff. ad. Sct. Trebellian.* Neque obstat * textus in *l. summa* 65. §. *pen. ff. d. condict. indebit.* ubi ignorans excusatur: nam * agitur ibi de indebiti condictione, quæ repetitio tantum ex bono & æquo est, ideoque ignorans excusatur. Francisc. Barrius. *d. success. libr. 9. tit. 33. n. 10.*

Controversia IX.

Incertis personis olim legari non poterat.

Summaria.

Fundamentum hujus opinionis. *n. 1. & 2.*

Limitatio ejus. *n. 3.*

Ratio hujus opinionis. *n. 4. & 5.*

Quæ olim fuerit incerta persona. *n. 6.*

Obiectio. *ex l. 14. ff. d. reb. dub. n. 7.*

Solutio. *n. 8. & 9.*

Obiectio *ex l. 8. & l. 22. ff. d. statulib. n. 10.*

Solutio. *n. 11. & 12.*

Ius Novum. *n. 13.*

Quod * incertis personis olim legata relinqui non potuerint, ne à milite quidem; tradit Justinianus Imperator in §. *incertis* 25. *h. t.* Quin * nec libertas incertæ personæ legari poterat. Sub * certa verò demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ rectè

4. nã rectè legabatur : veluti, *ex cognatis meis, quæ nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato.* Cujus * rei ratio dari solet : quòd propter personæ incertitudinem testatoris voluntas ad exitum commodè perducì non possit : & * quod testatoris iudiciu certu esse debeat. Ulpian. *in fragment. tit. 22. §. incerta persona.* Incerta * autem persona videbatur, quam incertâ opinione animo suo testator subiciebat, ut si quis ita legabat : *quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei hæres meus fundum dato. d. §. 25.*

7. Cui * sententiæ objicitur, *l. si quis ita 14. ff. d. reb. dub.* ubi sustinetur legatum, incertæ personæ ita relictum : *illis, qui testamentum meum signaverint, hæres meus decem dato.* Respondetur * : licet ab initio dispositionis incertum fuerit, quis signaturus sit testamentum ; tamen ante ejus consumationem & perfectionem certum sit testatori : ante * enim signationem testamentum valere non potest. Itaq; eo tempore quo valere potest testamentum, certa est persona, cui legatum relictum est.

10. Objicitur * quoque *l. ita liber jussus 8. & l. qui pecuniam 22. ff. d. statulib.* ubi servus, *si decem dederit liber jussus*, libertatem consequitur, si decem illa dederit ; licet adjectum non fuerit à testatore, cui decem illa dare debeat. Respondetur * : tum quòd speciale sit in relictis conditionis implendæ causâ : tum * quod hîc hæres subintelligatur, cui præstari debeant illa decem ; hæres verò certior sit legatario.

13. Cæterum * hodiè incertis personis legari posse ; expressè sancivit Justinianus *in §. sed nec hujusmodi 27. h. t.* Donell. *ad d. l. 5. ff. d. reb. dub.* Cuiac. *tract. 2. ad African. ad l. 108. §. hujusmodi ff. d. legat. 1.* Harpprecht. *ad d. §. 25. Treutler. p. 2. disputat. 13. thes. 2. lit. C. D. & E.*

Controversia X.

Vasallo feudum legante neq; res neq; æstimatio debetur.

Summaria.

De feudo nemo testari potest. n. 1.

Nec legari potest feudum. n. 2.

Controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. & 9.

Obiectio

Objectio ex l. II. §. 16. d. legat. 3. l. II4. §. 5. & l. 40. d. legat. I. n. 10.
Solutio remissive. n. II.

Sententia nostra communis est, & practica. n. 12. & 13.

INter * omnes constat: de feudo neminem testari posse. c. 1. d. success. feud. ibi: nullâ ordinatione defuncti in feudo manente. Ergo * nec legari testamento potest feudum. c. 1. §. donare quando olim feud. alien. pot. Hoc * verò controversum est: An feudo à vasallo legato, æstimatio ejus saltem debeatur? Et * quidem neque æstimationem feudi deberi, probatur solidâ hâc ratione: quòd legatum hoc prorsus inutile sit: consequenter * neque æstimatio ejus præstanda est. l. cum servus 39. §. fin. d. legat. 1. Quod * nullum etiam est, id nullum quoque effectum producere potest: non * entis enim nullæ sunt qualitates. l. 1. ff. d. injust. rupt. & irrit. fact. testament. Et * ergo legati nulli nulla quoque est æstimatio: qui * enim æstimationem rei legatæ habet; is effectui considerato rem ipsam, sive legatum ipsum habere videtur.

Sententiæ * nostræ objicitur l. fideicommissa 11. §. si servo 16. ff. d. legat. 3. item l. filiusfamiliâs 114. §. si quid 5. & l. sed si res 40. ff. d. legat. 1. Quibus * textibus satisfacimus; contrav. 3. h. t. ut idem eadem ibi dicta hâc repetere frustraneum sit.

Quam * sententiam defendunt Dd. communiter in d. c. 1. §. donare qualiter olim poter. feud. alien. per Frideric. Bald. Alvarott. & Matth. d. Afflict. idemq; d. Afflict. in c. 1. d. prohibet. feud. alienat. per Frideric. Curt. Jun. p. 4. n. 124. Clar. recept. sentent. in §. feud. q. 40. n. 4. Wesenbec. consil. 70. n. 13. Ludolph. Schrad. d. feud. p. 7. c. 2. n. 8. Vultei. d. feud. libr. 1. c. 9. n. 72. Sonsbecc. d. feud. p. 10. Andr. Gail. 2. observat. 154. n. 14. ubi opinionem hanc non solum communem; sed * neque ab ea in judicando recedendum esse dicit. Fachin. libr. 5. contrav. c. 47. Bocer. d. success. feud. c. 1. q. 8. Harpprecht. ad §. non solum 4. h. t. n. 30. & seq. tom. 2.

Controversia XI.

Mobilium legato pecunia numerata continetur.

Summaria.

Fundamenta opinionis nostræ. n. 1. 2. 3. & 4.

Objectio ex l. 78. §. 1. d. legat. 3. & l. 92. in fin. d. legat. 1. n. 5.

Solutio. n. 6, 7, 8. & 9.

Opinio nostra communis est & practica. n. 10. & 11.

Quod 1

QUOD * mobilium legato contineatur pecunia numerata ; probat textus expressus in *l. si chorus* 79. §. 1. ff. d. legat. 3. ubi distinguit Celsus JC. num fœnori destinati sint nummi nec ne, ut hoc casu sub mobilium legato contineantur. Mobilium * namque appellatione contineri omnia ea, quæ naturâ sui de loco ad locum moveri possunt; concludunt Menoch. d. recuper. possess. remed. 1. n. 40. & seq. Oldrad. consil. 219. n. 1. & 2. Mantica. d. conject. ultim. volunt. libr. 9. tit. 3. n. 1. & seq. Quin * mobilium appellatione contineri pecuniam numeratam; colligitur ex Novell. 22. c. 45. versic. si verò, & c. Nam * pecunia utique res mobilis est, & natura ejus atq; usus in hoc maximè consistunt, ut moveatur & expendatur. §. constituitur instit. d. usufruct.

Non * obstat *l. quasitum est* 78. §. 1. d. legat. 3. & *l. si mihi Ma-*
via 92. in fin. d. tit. ubi fundo vel domo cum instrumentis & omnibus illis, quæ ibi erunt legatis, pecunia numerata non continetur. Respondemus * cum Treutl. p. 2. disp. 13. th. 4. lit G. distinguendo, an mobilia principaliter legata fuerint, an verò fundus, vel domus: hoc * casu pecunia numerata non continetur; illo verò casu continetur. Distinctionis * ratio est, quòd ex natura domus vel fundi pro accessorio ejus haberi non possit pecunia; legatâ igitur domo principaliter, licet accessoria quoq; legata censeantur, nō tamē legatâ censeatur pecunia. At * mobilibus principaliter legatis & pecunia procul dubio legata erit: quippe pecunia verissimè res mobilis est.

Quam * esse magis communem Dd. sententiam; testatur Anton. Tessaureus decis. 160. n. 4. & * secundùm eam supremum Bohemix Senatû judicare solere, refert Treutler. d. l. Eandemque * defendunt Menoch. libr. 4. presumpt. 137. n. 8. Dec. consil. 381. n. 4. & consil. 472. Hunn. ad Treutl. d. l.

Controversia XII.

Vera est Scaevola sententia in l. generali 32. §. 1. ff. d. usu & usufruct. legat.

Casus *l. 32. §. 1. ff. d. usu & usufruct. legat.* proponitur. n. 1. & 2.

Quæstio. n. 3.

Dubitandi ratio. n. 4.

Quæ removetur n. 5.

Decidendi ratio. n. 6. 7. 8. & 9.

Claudii contraria sententia non adprobatur, sed refertur in d. l. 32. n. 10. & 11. Ia

IN * l. 32. §. 1. ff. d. usufr. legat. hunc proponit casum Scævola JC.:
 Mater filios & filiã ex diversis matrimoniis generatos æquis por-
 tionibus in testamento hæredes instituit; matri verò suæ usumfru-
 ctum bonorum suorum reliquit ita, ut post obitum ejus ad liberos
 hæredes institutos, aut ad eum, qui ex his vixerit, pertinere debe-
 at. Filii * mortuâ matre hæreditatem adierunt; postea tamen reli-
 ctis hæredibus & superstite filiã (uterinâ sc.) decesserunt. Quæri-
 tur * ergò, utrum ad solam filiam superstitem pertineret ususfru-
 ctus, utrum verò æquis portionibus inter filiam & prædefuncto-
 rum filiorum hæredes divideretur. Quòd * ad solam filiam perti-
 nere debeat ususfructus, dicendum videtur: cum voluerit testatrix,
 ut ad eum, qui ex hæredibus scriptis vixerit, spectaret. Verunta-
 men * hâc dubitandi ratione non obstante respondet Scævola: ad
 eos spectare ususfructum, ad quos proprietas spectat, ad filiam sc.
 superstitem & filiorum demortuorum hæredes. Decidendi * ra-
 tio est: quòd expressè non disposuerit testatrix, post mortem aviæ
 durare debere ususfructum. Et ergò finietur & cum proprietate
 consolidabitur. Nec * quicquam movet dubitandi ratio, antè pro-
 posita: verba enim testatricis, *ut ad eum, qui ex his viveret*, tam ad
 prædefunctorum filiorum hæredes partinent, quàm ad filiam su-
 perstitem ipsam. Et * hoc ex præsumpta testatricis mente: quæ
 æquis partibus liberos hæredes scripsit, eos æquali jure post mor-
 tem aviæ esse voluit, atque ita æqualiter dilexit. Neq; * etiam
 convenit, ut superstes cum insigni omnium bonorum prærogati-
 va ususfructum, ut eum habuit avia, retinere debeat. Cæterùm *
 in contrariâ opinione fuit Claudius; in d. l. 32. circ. fin. cujus * ta-
 men opinio non approbatur ibidem sed refertur: quod ex contex-
 tu legis facilè colligere est.

Controversia XIII.

*Ususfructu omnium bonorum legato, bona quoq;
 post testamentum adquisita veniunt.*

Summaria.

De hac controversia magni nominis Icc. discordes sunt. n. 1. 2. & 3.

Autor affirmativam ejus sententiam defendit. n. 4.

Primum ejus fundamentum. n. 5. 6. 7. 8. & 9.

Secundum fundamentum. n. 10.

Tertium fundamentum. n. 11.

Quartum fundamentum. n. 12. & 13.

Obiectio ex l. 7. ff. d. aur. & arg. legat. n. 14.

Solutio. n. 15. & 16.

Affirmativa hæc sententia magis communis & practica est. n. 16.

1. **D**E * hac controversia magni nominis Jcc. diversas tenent sententias. Etenim * Joh. Vincent. Hondedæ. *consil. 63. n. 1. & seq. vol. 1.* & Marcus Anton. Peregrin. *d. fideicommiss. artic. 13. n. 49.* sentiunt, usufructu omnium bonorum legato bona post testamentum acquisita non venire. Alii * verò contrarium statuunt, quorū sententiæ & nos calculum nostrum adjicere minimè dubitamus.
2. Quæ * probatur per sequentes ex jure depromptas firmas rationes. 1. Quòd * illa bona testatoris intelligantur, quæ mortis tempore habuit: hæreditas namque nihil aliud est, nisi successio in universum jus, quod defunctus mortis tempore habuit. *l. hæreditas 62. ff. d. R. I.* Et * quantum sit in hæreditate mortis tempore inspicitur: quoniam viventis hæreditas non est. *l. 1. ff. d. hæredit. vendit. l. 1. ff. pro empt. l. neminem 27. ff. d. adquir. vel omitt. hæredit.*
3. Quia * etiam hæreditas juris nomen est, ideòq; augmentum & diminutionem usque ad tempus hæreditatis adeundæ recipit. *l. hæreditatis appellatione. 119. ff. d. V. S.* Et * delata intelligitur hæreditas, quam quis adeundo potest consequi. *l. delata. 151. eod. tit.*
4. Vnde * agere volens hæreditatis petitione probare debet, quòd defunctus tempore mortis suæ bona, quæ petit, in possessione vel detentione habuerit.
5. 2. Opinionem * hanc confirmat: quòd verba generalia dispositiva ad futura quoque extendantur: Menoch. *consil. 156. n. 22. & seqq. vol. 2.* neque restrictionem admittant. Alexand. d. Imola. *consil. 30. vol. 5.*
6. 3. Eandem * opinionem corroborat illa ratio: quòd legatum à morte testatoris deferatur. *l. à Titio 64. in fin. ff. d. furt. l. similiter 3. §. si rem d. legat. 3. l. si post diem 5. §. 1. ff. quand. dies legat. ced.*
7. 4. Pro * eadem opinione fortiter pugnat: quòd legati dies ab adita demum hæreditate cedat. Quamvis * enim legatarius à morte testatoris juris fictione dominus fiat rei legatæ, & ideò rei vindicationem intentare possit; *l. 1. & l. 2. C. commun. d. legat.* tamen hoc verum esse incipit, postquam hæreditatem adiit hæres, quæ additione demum jus legatarii confirmatur & retrotrahitur. *l. eam*

14. & l. ex testamento 29. C. d. fideicommiss. l. Papinianus 8. §. fin. C. d. inofficios. testament.

Neq; * obstat l. si ita 7. ff. d. aur. & argent. legat. ubi respondet Paulus JC. quod, si quis vestem suam & argentum suum legasset, id legatum videatur, quod testamenti tempore fuisset: quia praesens tempus semper intelligatur, si aliud comprehensum non esset. Respondemus * namque Paulum in d. l. 7. non de legato universali, sed particulari agere; legatum autem universale plenius esse particulari, dubium nullum habet. Proinde * non ut in legato omnium bonorum veniunt bona post testamentum acquisita; ita venient quoque ea in legato particulari. Et * ita secundum Bartoli opinionem tanquam magis communem Senatium Pedemontanum judicare solere; tradit Anton. Thesaur. decis. 168. per tot. Bero consil. 44. n. 20. libr. 2. Bachov. in not. & animadvers. ad Treutler. p. 2. disput. 13. th. 4. lit. H.

14.

15.

16.

17.

Controversia XIV.

Actio personalis & hypothecaria, pro legato competentes, in eodem libello cumulari possunt.

Summaria.

Quibus modis concursus actionum fieri possit. n. 1. 2. 3. & 4.

Affirmativa controversiae hujus sententia stabilitur. n. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.

Obiectio ex l. 16. & l. 18. ff. d. except. n. 11.

Solutio. n. 12. & 13.

Hæc cumulatio in Camera & de notissima Germaniae consuetudine recepta est. n. 14. 15. 16. & 17.

Ampliatio. n. 18.

Fit * interdum ut plures actiones de eadem vel diversa re concurrant, quæ vel in eodem libello cumulari possunt, vel successive instituendæ, vel una consumit alteram, ita ut unâ electâ ad alteram regressus non detur. Vnde * concursus hic à Dd. in electivum & successivum docendi causâ distingui solet: ille * est plurium actionum, ex quibus tamen una eligenda; hic verò est plurium actionum, quæ vel simul, vel successive una post aliam moveri possunt. Ex * quo ordine etiam sunt actio personalis ex testamento & hypothecaria pro legato consequendo competentes.

18.

2.

3.

4.

5. Vbi * controvertitur inter Dd. nostros: An duæ hæ actiones in eodem libello cumulari possint, an verò successivè instituendæ? Et sanè duas hæc actiones in eodem libello cumulari posse,
6. juris rationi consonum esse censemus. Nam * quotiens plures actiones ad duos & diversos fines tendunt; tum una alteram non consumit, sed utramque intentare permissum est *l. si pro fure. 7. §. 1. ff. d. condict. furtiv. l. unic. C. quand. civil. act. crimin. præjud. cum simil.* Et * tum demum unâ actione experiri quis debet, quotiens plures ejusdem rei nomine concurrunt. *l. neque ex his 43. §. 1. ff. d. R. I. l. pro socio 35. §. 1. ff. pro soc. l. qui servum 34. §. 1. ff. d. O. & A.*
7. Vid. Hunn. in resolut. ad Treutler. p. 2. disput. 13. th. ult. Atquin * actio personalis & hypothecaria ad diversos fines tendere videntur: nimirum * personalis ad legatum ipsum consequendum, hypothecaria verò ad tradendam interim legati possessionem. Et * quamvis utraq; actio ad eundem finem spectare videantur; tamen quatenus diversum est petitorium à possessorio ad diversos fines tendere videntur.
10. Cui * ob stare videtur illa à Dd. tradita Regula; non admitti earum actionum cumulationem, in quarum una absolutoria sententia lata exceptionem parit in altera *l. fund. 16. & l. fundi 18. ff. d. except.*
12. Respondetur *: tum quod alternativè concipi debeat libellus: tum
13. * quòd hypothecaria principaliter instituenda, personalis verò actio accessoriè: quomodò uni actioni per alteram præjudicium non fiet. Licet etiam sententia lata in petitorio præjudicium faciat in possessorio; tamen non contrà sententia lata in possessorio præjudicium in petitorio facit. Nam absolutus in actione personali obtinet quidem in hypothecaria; non tamen econtra absolutus in hypothecaria obtinebit quoque in actione personali.
14. Cæterum * hodiè in Camera Imperiali hanc cumulationem indifferenter admitti, & secundum eam in causa Graevenrot contra Schönberg decisum; refert Mynsinger. cent. 1. observat. 58. n. 4.
15. ubi addit, eam * notissimâ Germaniæ consuetudine firmatam esse.
16. Et * quòd cumulatio ista in foro recepta sit; testatur quoq; Treutler. p. 2. disput. 13. th. ult. lit. E. ibiq; Bachov. Idem * comprobatur Gail. 1. observ. 63. n. 8. & 2. observ. 26. n. 4. Hartmann. observ. 1. n. 16. tit. 42. Guid. Pap. decis. 108. Anton. Neguzant. d. pignor. & hypothec.
18. 2. membr. 8. p. part. n. 6. p. m. 538. ubi * ampliat opinionem hanc,

ut procedat, etiamsi productus esset libellus in actione personali; tamen adhuc hypothecariâ in eodem processu agit possit. **De** quo actionum concursu *in tit. d. act.* plenius acturi sumus.

Additamentum.

Legatum in voluntatem tertii collatum validum non est.

Summaria.

Legatum in hæredis voluntatem conferri non potest. *n. 1. & 2.*

In Expressam legatarii voluntatem conferri illud potest. *n. 3. & 4.*

An in voluntatem tertii conferri possit legatum, contrariæ videntur esse Icc. sententiæ. *n. 5.*

Ulpiani Icc. negativa sententia, *in l. 43. §. 2. ff. d. legat. 1. n. 6.*

Modestini Icc. affirmativa sententia, *in l. 52. in fin. ff. d. condit. & demonstrat. n. 7.*

Quæ responsa conciliari possunt. *n. 8. & 9.*

Varia Dd. conciliationes refutatae, remissivè. *n. 10.*

Autor Cujacii concilationem sequitur. *n. 11.*

Quæ confirmatur. *n. 12.*

Quando legatum in voluntatem tertii tanquam conditionem collatum censetur, ex testatoris voluntate apparere debet. *n. 13.*

Obiectio. *n. 14.*

Solutio. *n. 15. & 16.*

Differentia inter hæredem, legatarium & tertium. *n. 17.*

Obiectio ex l. II. §. 5. d. legat. 3. *n. 18.*

Solutio. *n. 19.*

In arbitrium tamen hæredis conferri potest legatum. *n. 20. & 21.*

Diversitas juris inter hæredem, legatarium & tertium. *n. 22. 23. & 24.*

HOc * clarum esse videtur in hæredis voluntatem conferri non posse legatum. *l. nonnunquam §. 2. in fin. ff. d. condit. & demonstrat. l. Senatus 43. §. legatum. 2. ff. d. legat. 1.* Ratio * est: quod sub hac conditione, *si volam*, nulla fiat obligatio; *l. sub hac 8. ff. d. O. & A.* sic verò ridiculum fieret legatum: quoniam hæres nunquam se obligare velle præsumitur. Econtrà * verò non minus certum est, in expressam legatarii voluntatem conferri legatum posse: si * enim illud repudiare potest legatarius; etiam nihil impediet, quò minus in voluntatem ejus conferri queat. *l. si ita expressum 69. d. condit. & demonstrat.* Illud * verò magis dubium habet; An in voluntatem tertii conferri legatum possit: propter textus juris, in

- quibus contrarias fuisse hac re Jcc. sententias videri posset. Etenim
6. * *in d. l. senatus 43. §. 2.* respondit Ulpianus JC. legatum in alienam
 7. voluntatem poni posse, in hæredis poni non posse. In * *d. l. nonnun-*
 8. *quam 52.* verò ait Modestinus JC. legatum in alienam voluntatem
 9. conferri non posse. Quæ * sanè responsa sibi omninò contrariari
 10. videntur. Verumtamen * hoc nequaquam dicendum erit: adsunt
 11. namque in promptu, quibus ea in concordiam reduci possunt. Varias * quidem conciliationes comminiscuntur hîc Dd. quas re-
 12. censet & refutat Nicolaus *d. Passeribus à Genoa in conciliat. leg. p. m. 467.* Verùm * nobis rectior videtur Jacobi Cujacii conciliatio
 13. *libr. 2. observ. 2.* quòd in voluntatem tertii ita conferri non possit legatum, ut tota ejus vis ab eo pendeat atque robur habeat; ita tamen, ut in voluntatem tertii tanquam conditionem, si aliquan-
 14. do velle eum contigerit, conferri illud queat. Quam * conciliationem suppeditat nobis Ulpianus IC. *in l. in l. 1. in pr. ff. d. legat. 2.* ubi respondit: quòd in arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio possit, hanc addens rationem: quid intersit, *si Titius in Capitolium adscenderit mihi legetur, an si voluerit.* Idemque respondet Ulpianus *in l. fideicommissa 46. §. sed & si ita 2. ff. d. fideicommissar. libertat.* Quando * verò verba hæc, *si Titius voluerit*, in voluntatem tertii tanquam sub conditione posita censi debeant; id totum ex voluntate testatoris dependet; ideoque hoc sola testatoris voluntas distinguit. *l. 2. ff. d. his quæ pan. caus. relinquunt.* ubi an pœna, an conditio sit, ex voluntate testatoris apparere dicitur.
 15. Sed * objici hîc poterit: si verba, *si voluerit Titius*, pro conditione accipi possunt; posse ea etiam ad hæredem utiliter referri, *si voluerit hæres*: quod probare videtur *d. l. fideicommissa. 11. §. 5. ff. d. legat. 3.* ubi respondit Ulpianus: quòd, si ita adscriptum sit: *si Gajus voluerit, Stichum liberum esse volo*; valeat libertas: quia conditio potiùs sit: quemadmodum si legatum, *si Titius Capitolium adscenderit.* Quod * dubium ita solvi poterit: quòd, licet textus oppositus nihil dicat de hærede; tamen sensus ejus in casu relictæ libertatis ad hæredem quoque produci & extendi possit: nimirum
 16. * liberratis favore & ex præsumpta testatoris voluntate, ut verba in testamento posita, *si voluerit hæres Stichus servus liber esto*, tanquam
 17. conditio accipi & intelligi debeant. Aliàs * verò manet differentia inter hæredem, legatarium & tertium, propter differentiam rationem,

nem, antè assignatam: quòd scil. in voluntatem hæredis, si voluerit, collatum legatum conditionem hanc non admittat; in legatarii verò expressam voluntatem, quæ certa esse solet (cùm legatum tanquam donationem nemo facillè repudiare soleat) & in tertii voluntatem tanquam sub conditione conferri illud possit.

Verùm * hîc rursus objicitur *d. l. fideicommissa 11. §. si fideicommissum relictum 5. ff. d. legat. 3.* ubi fideicommissum illud, illi decem dari volo, nisi hæres noluerit, tanquam conditio ab Ulpiano validum pronuntiatur. Responderi * potest in casu *d. l. 11. §. 5.* non tam conferri ipsum legatum in voluntatem hæredis, quàm potius solutionem ejus, ut legatum quidem purum sit, solutio autem dilata in id tempus, cùm hæres vivus voluerit.

Cæterum * in arbitrium hæredis conferri posse legatum, expressè decisum est, in *leg. si sic legatum 75. princip. d. legat. 1.* ubi respondit Ulpianus J.C.: quòd sic hæredi quasi viro bono commissum legatum, non in meram voluntatem ejus collatum. Idemque * respondit Ulpianus in *d. l. fideicommissa 11. §. quanquam 7. ff. d. legat. 3.* ubi ait J.C. non in plenum arbitrium voluntatis dedisse testatorem, sed quasi viro bono commissum relictum. Humm. in *resolut. ad Treutl. p. 2. disputat. 13. thes. lit. D. p. 111.* Et * ergò legatum, in expressam legatarii voluntatem collatum, est conditionale: in * hæredis voluntatem collatum est purum ideoq; invalidum, in arbitrium verò ejus conditionale, proinde validum; At * in extranei voluntatem collatum legatum, an sit conditionale nec ne, hoc ex voluntate testatoris apparere debet. *Add. Cujac. d. l. Pancirol. variar. jur. lect. libr. 2. c. 5. Fachinæ. libr. 5. controvers. jur. c. 58. Bachov. p. 2. disput. 13. th. 6. lit. D. pag. 822. Nicol. d. Passerib. à Genoa. d. l. n. 35. Jul. Pac. ἐναρπιοφάρ. cent. 6. q. 8.*

De ADEMPTIONE LEGA- TORUM.

TITULUS XXI.

Contro-

Controversia I.

Fideicommisso adempto legatum ademptum non censetur.

Summaria.

Quæstionis status firmatur. n. 1.

Fundamentum hujus sententiæ. n. 2. 3. 4. & 5.

Objectio ex l. pen. §. 1. ff. d. adim. legat. n. 6.

Quam Faber malè emendat. n. 7.

Suerini responsio approbatur. n. 8.

Quam & Accursius approbavit. n. 9.

1. **Q**uæstionis * hujus status ita formandus: Titius Mævio centum legavit eumque rogavit, ut ea Sempronio restitueret. Deinde Titius codicillis factis Sempronio ademit fideicommissum: quæritur igitur, an illa centum Mævio legata, ei quoque adempta sint. Quod * rectius negatur, per textum haud obscurum in l. cum quis 37. §. 1. ff. d. legat. 3. qui sanè textus in terminis loqui videtur.
2. Namq; ut Mævio in testamento fideicommissarium prætulit Titius; ita etiam Mævium hæredi prætulit, dum ei centum legavit, eaque ab hærede ei præstare voluit. Quamvis * igitur Sempronio fideicommissum ademerit Titius; tamen Mævio non protinus legatum ademisse putandus est: & magis legatarii causâ quàm hæredis fideicommissum ademisse censendus. Pro * qua sententia facit etiam:
3. quòd morte fideicommissarii non tollatur legatum, licet tollatur fideicommissum, uti textus est in l. Julianus & in l. 17. d. legat. 2.
4. Deinde * facit, quòd, si incapaci relictum sit fideicommissum, non vitietur legatum, (quod aliàs dicendum esset) neque simplici fideicommissi adscriptione tolletur illud. Sed * opponitur l. pen.
5. §. 1. ff. d. adim. legat. ad quam respondet * Faber, 3. conj. 18. eam emendando, & legendo in fin. d. l. nihil proponi, cur ad matrem non pertineret. Verùm * haud rectè, sicut jam sæpè monuimus. Melius ad
6. d. l. pen. respondet Suerinus repet. lect. cap. 9. quòd ibi mater non tanquam vera legataria; sed magis tanquam ministra & dispensatrix fideicommisso gravata fuerit, quæ * conciliatio in l. 17.
7. d. leg. 2. extat & ante Suerinum approbavit eam Accursius ad d. l. pen.

Contro.

Controversia II.

*Legatum generale in testamento relictum, secus-
tis codicillis, in quibus certa generis species
determinantur, non minuitur.*

Summaria.

Fundamentum hujus sententiæ. n. 1. & 2.

Contrarium Scævola IC. responsum, in l. 20. pr. ff. d. instruct. vel instru-
ment. legat. n. 3.

Conciliatio. n. 4. & 5.

Sic * respondit Papinianus IC. in l. quasitum est 12. §. si quis pen.
ff. d. instruct. & instrument. legat. hanc * adponens rationem:
quod non videatur diminutum legatum, sed ex abundanti dictum.

Neque * dissentit à Papiniano Scævola IC. in l. Seja 20. pr. eod.
tit. ubi ait: legatum totius in testamento relictum ad partes in co-
dicillis nominatim expressas restringi. Interest * enim, an ex cer-
ta scientia & minuendi animo totum in codicillis restrinxerit testa-
tor; an verò ex imperitia legati in testamento relictum fecerit hoc, ut
* illo demum casu legatum minutum intelligatur: quæ conciliatio
in l. legata 9. pr. ff. d. suppellect. legat. fundata est.

Controversia III.

*Generali legatorum ademptione factâ, legatum
ad pias causas ademptum non censetur.*

Summaria.

Hæc sententia in causis alimentorum indubiè procedit. n. 1.

An idem obtineat in piis causis, controversum est. n. 2. & 3.

Idem in piis causis obtinere, primum argumentum. n. 4. 5. 6. & 7.

Secundum argumentum. n. 8. & 9.

Tertium argumentum. n. 10. 11. 12. & 13.

Argumentationi Dn. Harpprechtii respondetur. n. 14. usq. ad n. 23. inclusivè.

Aliud argumentum adducitur. n. 24.

Solutio. n. 25.

ILLud * extra controversiam est: generali legatorum ademptio-
ne factâ legatum pro alimentis relictum ademptum non censeri;
idque probatur per textum expressum in l. libertis 18. §. posthumis
3 ff. d. aliment. & cibari. legat. An * verò idem obtineat in legato

3. ad pias causas relicto, de eo controvertitur. Et * verò ut nos idem & hîc statuamus, sequentia nos moverunt firma fundamenta. 1. Est:
4. * quòd, ubicunque lex statuit vel disposuit aliquid in favorem libertatis, illud quoque in pia causa locum habeat: siquidem libertas & pia causa æquiparantur in jure. Bartol. in l. si vnus C. d. testament. & in l. Titio ususfructus ff. d. condit. & demonstrat. Vnde * sicut debetur legatum libertatis, licet reperiatur cancellatum; ita etiam legatum ad pias causas cancellatum debetur. l. proximè in fin. ff. d. his quæ in testament. delent. ubi Bartol. & Alex. d. Imol. Et * sicut favore libertatis debetur legatum hæreditate non aditâ; l. neque §. fin. l. tractabantur ff. d. testament. milit. l. Antoninus ff. d. fideicommiss. libert. ita etiam debetur legatum ad pias causas hæreditate non aditâ. Gloss. singular. in l. eam quam ibiq³ Bartol. & Dd. C. d. fideicommiss. Atque * sicut favore libertatis valet sententia pro mortuo lata; l. cum quasi in pr. ff. d. fideicommissar. libert. ita etiam obtinet, ubi de favore Ecclesiæ vel piæ causæ agitur. Bald. in l. unic. C. d. caduc. tollend. Nicol. Eberhard. à Midelburg. in loc. legal. in loc. à libert. ad piam causam n. 1. 5. 9. & 23. ubi plura exempla adducit.
8. 2. Facit * pro hac sententia: quòd pia causa summè sit, privilegiata & in quacunque dispositione excepta censeatur. Cravett. consil. 3. n. 10. Et * sustineatur testamentum ad pias causas, quocunque modo sit imperfectum, modo ratione voluntatis imperfectum non sit. Jul. Clar. recept. sentent. §. testament. q. 7.
10. 3. Eandem * sententiam nostram optimè confirmat: quòd ubicunque lex, vel statutum constituit aut disponit aliquid favore alimentorum; illa dispositio etiam in pia causa locum obtineat, & argumentatio ab alimentis quoque ad piam causam procedat: siquidem * & alimenta sunt pia causa. Unde * sicut favore alimentorum legatum incertum ratione summæ est validum, & debetur inspectâ patrimonii legantis facultate & personæ legatarii qualitate; l. si cui 14. ff. d. ann. legat. ita etiam legatum ejusmodi incertum ad pias causas validum est. Gloss. ad d. l. 14. Ludovic. Roman. in repetit. auth. similiter C. ad L. falcid. n. 27. Eadem * igitur ratione, sicut generali legatorum ademptione factâ legatum pro alimentis relicto ademptum non censetur; ita nec legatum pium ademptum censi debet.
12. 14. Neq; * nos movere potest argumentum pro contraria sententia à Dn.

à Dn. Harpprecht ad pr. h. t. n 9. 10. & 11. productum : quod regulariter dispositio generalis ad res & causas privilegiatas pertineat : nisi in eo articulo, de quo verba generalia loquuntur, inveniantur speciale privilegium habere. Atquin * hoc in articulo nullibi reperitur aliquod speciale piæ causæ privilegium. Ergò * in dubio inhærendum sit juri communi, quod disponat, verba generaliter prolata, generaliter accipienda esse. Responderi * enim potest ad hoc argumentum : quod ex communissima & receptissima Dd. traditione statutum & dispositum in causis alimentorum, statutum quoque & dispositum in causis piis censeatur : nisi * contrarium expressè reperitur constitutum, vel diversa ratio inter alimenta & piæ causas adduci possit. At * verò in piis causis contrarium constitutum nullibi reperire licet; neque etiam diversitatis ratio adduci potest. Ergò * huic Regulæ inhærendum erit : quod scil. statutum & dispositum in causis alimentorum etiam in causis piis statutum & dispositum censeatur. Nulla * etiam firma diversitatis ratio hactenus nobis ostensa est : quare generali legatorum ademptione factâ alimenta legata adempta non censeantur, ad piæ causas verò legata censeantur adempta. Neque * enim hîc summa alimentorum necessitas pro diversitatis causa allegari potest, quoniam ea perpetua est : ex * hoc igitur sequeretur, argumentum ab alimentis ad piæ causas nunquam procedere, quod tamen falsum est.

Nihil * quoque pro contraria sententia facit illa ratio : privilegia & specialia haud multiplicanda, nec ea quæ contrà juris rationem introducta ad consequentias trahenda esse. Hoc * enim verum est : nisi causa, ad quam fit extensio, æquè sit privilegiata, quo casu non tam fit extensio privilegii, quàm potius interpretatio. Quam sententiam nostram defendunt Ludovic. Roman. in repetit. d. auth. similiter C. ad L. Falcid. in 4. special. piæ causæ & in repetit. l. si verò §. de viro in 24. fallent. ff. solut. matrimon. Tiraquell. d. privil. piæ caus. 19. Socin. Senior. in tract. Regular. regul. 382. in versic. privil. piæ causæ privileg. 26. Nicolaus Everhard.

à Midelburg. d. l.

n. s.

De
LEGE FALCIDIA.

TITULUS XXII.

Controversia I.

Lex Falcidia testatorum gratiâ introducta est.

Summaria.

Fundamentum hujus sententiæ. n. 1.

Pauli IC. contraria sententia in l. 71. ff. h. t. n. 2.

Conciliatio. n. 3. & 4.

Alia objectio. n. 5.

Solutio. n. 6.

Testatorum * gratiâ introductam esse L. Falcidiam, adserit Justinianus Imperator, in pr. h. t. hanc addens rationem: ne intestati morerentur homines, recusantibus scriptis hæredibus, pro nullo aut minimo lucro hæreditatem adire.

Neque * Justiniano contradicit Paulus JC. in l. potest hæres. 71. ff. eod. tit. ubi ait: hæredis causâ latam esse Lalcidiam. Nam * & testatorum & hæredis causâ introducta est L. Falcidia. Veruntamen * magis & principaliter testatorum gratiâ, ut testamenta eorum exitum haberent; per consequentiam verò demum hæredis causâ, ne hæreditatem gratis adiret. Non * obstat etiam: quòd in militis testamento (quod tamen est favorabile) Falcidia locum non habeat. Respondetur * namque, quod etiam in militis favorem introducta sit Falcidia; sibi igitur imputet miles, quando eâ non vult uti. Harpprecht. ad pr. h. t. n. 10. Bachov. ibid. n. 4. & seqq.

Controversia II.

In Falcidiam imputantur ea solùm, quæ jure capiuntur hæreditario; in Trebellianicam verò ea etiam, quæ jure legati, fideicommissi, vel conditionis implenda causâ capiuntur,

&

Et qua hæres præcipere Et deducere iussus est.

Summaria.

In hac difficili controversia extricanda Interpretes inter se non conveniunt.

n. 1.

Autor Antonii Fabri sententiam defendit. n. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Obiectio. n. 8.

Solutio. n. 9. & 10.

Obiectio ex l. 91. ff. ad L. Falcid. n. 11.

Solutio. n. 12. 13. 14. 15. 16. & 17.

Difficilis nodus ex l. 30. §. tamen si ff. ad L. Falcid. n. 18. 19. & 20.

Solutio. n. 21. 22. 23. 24. & 25.

Difficilis * & intricata est controversia hæc, in qua extrican-
da multum se torquent Interpretes nostri. Equidem * Antoni-
us Faber. 6. conject. c. 4. à partibus nostris stans verissimam tueretur
sententiam. Quæ * probatur per textum satis clarum in l. in quar-
tam 91. ff. ad L. Falcid. in qua Marcianus JC. quò ad imputatio-
nem in quartam inter Falcidiam & Trebellianicam per evidentem
oppositionem manifestam facit differentiam. Deinde * probatur
sententia hæc per textum non minùs perspicuum in l. quod autem
74. eod. tit. ubi respondet Gaius JC. solida legata tùm esse præstan-
da, si quartam ex iudicio defuncti hæreditario jure habeat hæres;
si quid verò legatorum nomine à cohærede acceperit, in quadran-
tem illud ei non imputari. Differentiæ * ratio est: quòd lex Falcid-
ia quartam hæreditatis partem apud hæredem manere jubeat, teste
Ulpiano in fragm. Instit. tit. 24. cir. fin. Sc̃tum * verò simpliciter
voluerit, apud hæredem quartam partem ex fideicommissis manere
debere. Et * ergò nihil, quod non hæredarium est, in Falcidiam
imputari poterit; quicquid verò fideicommissi nomine perceperit
hæres, in quartam id ei imputabitur. D. Harppr. ad §. 2. h. t. n.
14. tom. 2.

Cui * sententiæ non obstat: quòd legata fideicommissis ho-
die exæquata sint. Etenim * exæquatio hæc non de fideicommissis
universalibus, sed particularibus intelligenda est: siquidem illa
adhuc hodie à legatis differunt. Atquin * in fideicommissis univer-
salibus solùm Trebellianicæ locus est.

Non * obstat etiam d. l. 91. versic. pro ea verò parte &c. Nam

12. * versiculus hic de prælegato loquitur, in quo juris est, ut hæres partem quam à cohærede accipit, in quartam non imputet; partem
 13. verò, quam à se ipso accipit, in eam imputet: voluit * enim testator,
 14. ut hæres illam præcipui loco haberet. Ideò * autem partem quam
 15. à se ipso capit hæres in quartam imputat, quia eam jure capit hære-
 16. ditario: neque * enim juris rationi convenit, hæredem sibi ipsi
 17. tanquam legatario obligatum esse legatumq; præstare. Sed * ideò
 18. partem, quam à cohærede accipit hæres, in quartam non imputat:
 19. quoniam eam tanquam prælegatum titulo capit particulari, titulo
 20. scil. prælegati. Quæ * solutio in d. l. fideicommissaria hereditate 18.
 21. §. ult. ff. ad Sc. Trebell. & in l. Titia 56. ff. ad L. Falcid. fundata est. Do-
 22. nell, 6. c. 30. D. Bachov. part. 2. disput. 14. th. 3. lit. B. & C.
 23. Sed * nunc alius occurrit nodus omnium intricatissimus, ex
 24. l. 30. §. tametsi. ff. ad L. Falcid. ubi traditur: hæredi id, quod non
 25. figurâ conditionis accipere jussus ab eo, cui hæreditatem restituere
 26. rogatus est, in quartam non imputari. Ex * quo à contrario sensu
 27. colligi possit: quod veræ conditionis implendæ causâ accipere jus-
 28. sus est hæres, in Trebellianicam id ei non imputari: quomodò *
 29. certè inter Falcidiam & Trebellianicam nulla hætenus videretur
 30. esse differentia. Quem * nodum omnium rectissimè dissolvit Dua-
 31. renus h. t. c. 8. fol. 562. ita: quòd in toto §. tametsi de Falcidia tantum
 32. agatur. Nam * & in duobus §. præcedentibus & in pr. d. §. tametsi
 33. de Falcidia solum agitur: ut ideò verisimile atque adeò probabile sit,
 34. de Falcidia in toto §. tametsi. tantum tractari. Nec * quicquam ne-
 35. gotii faciunt §. tametsi illa verba, cui hæreditatem restituere rogatus est,
 36. quæ fideicommissum arguere videntur. Etenim, * vocabulum Hæ-
 37. reditatem in d. §. metonymicè sumitur pro rebus hæreditarijs: et *
 38. vocabulū Restituere largè accipitur ibidem; largè autem & legatum
 39. restitui dici potest, quando hæres illud legatario præstat. Ita locum
 40. hunc intricatum intelligit quoque Hilligerus Donell. enucleat. d. c.
 41. 30. lit. C. in not.

Controversia III.

*Testator Falcidiam expressè prohibere debet, si
 eam prohibere velit.*

Summa

Summaria.

Falcidia expressè prohiberi potest. n. 1.

Objectio ex l. 15. §. frater 1. ff. h. t. n. 2.

Solutio. n. 3.

An tacitè prohiberi possit Falcidia, dubium est. n. 4.

Autor negativam sententiam defendit. n. 5. 6. 7. 8. & 9.

Cunradi Rittershusii affirmativam, defendentis sententiam argumentum. n. 10.

Responsio. n. 11. & 12.

Instantia. n. 13.

Solutio. n. 14. 15. & 16.

Aliud argumentum pro Rittershusii sententia. n. 17.

Solutio. n. 18. 19. & 20.

DE * hoc nulla est dubitatio, Falcidianam detractionem de legatis relictis expressè prohibere posse testatorem: hoc namque manifestè constituit Justinianus Imperator in Novell. 1. c. 2. §. si verò 2. & in auth. sed cum testator C. h. t. Neque * obstat l. quod bonis 15. §. frater 1. ff. eod. tit. Etenim * de jure veteri aliud erat constitutum, quod deinde per d. Novell. & auth. correctum est. Illud * verò dubium est: An Falcidia hæc tacitè prohiberi possit per testatorem: ut si exempli gratiâ testator integra legata & absque diminutione præstari præcipiat in testamento suo? Ubi * nobis placet negativa sententia: quæ probatur per textum d. Novell. 1. c. 2. §. 2. ibi: si verò expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est valere testatoris sententiam. Præmittit * verò Justinianus in d. §. 2. quòd, si legatis exhausta sit hæreditas, vel etiam in legatis plus relictum, quàm est in hæreditate, hæres inventario confecto nihil de suo præstare, nec hoc nomine damnum aliquod sentire debeat: modò testator errans de suâ substantia hoc egerit & plus reliquerit, quàm ipse in bonis habuerit. Ergò * quando hoc egit testator & plus reliquit, quàm substantia ejus sit, nec Falcidiam expressè prohibuit, errat. Nam * in d. §. 2. hæc duo invicem manifestè opponuntur de substantia sua errare & expressim Falcidiam prohibere: quam oppositionem verba si verò clarè satis adstruunt. Ergò * quandocunque expressim prohibita non est Falcidia, testator errat; ubicunq; verò errat, Falcidia locum habet.

Objicit * hic Cunradus Rittershusius ad Novell. constit. p. 6. c. 5. n. 11. nihil interesse utrum quis vetet Falcidiam, an jubeat integra legata præstari. Respondemus, * imò interest inter hæc duo: quia.

12. quia etsi integra legata præstari jubeat testator, error nihilominus intervenisse præsumitur: quod * homines sæpè amplius de facultatibus suis, quàm in his est, sperare soleant §. *in fraudem 3. inst. quib. ex caus. manumitt. non licet*. Neque * instantia hîc nobis dari potest: sic otiosa esse verba ista testatoris, quòd integra legata & absque diminutione præstari velit; cùm tamen nullum verbum otiosum, nec sine operandi virtute in testamentis esse debeat. Etenim * respondetur: verba ista sic otiosa non esse; iis enim enixa testatoris voluntas, præsupposito nihilominus errore de substantia sua, significatur; si verò vires substantiæ suæ scivisset testator nec errasset, procul dubio verba ista in testamento suo non protulisset. Et * ergò expressè prohibenda est Falcidia: aliàs quibuscunque etiam verbis utatur testator, præsumitur vires patrimonii sui errasse, quæ præsumptio est juris & de jure, probationem contrarii non admit-
 16. tens. Proinde * negatur Rittershusio verba ista expressam Falci-
 17. diæ prohibitionem continere. Neque * facit etiam pro sen-
 18. tentia ejus: quòd tacita expressis æquipolleant. Hoc * enim argu-
 mentum ab expresse ad tacitum idèd hîc procedere non potest: quòd error intervenisse præsumatur, qui tacitam istam & præsumptam testatoris voluntatem omninò excludit. Vt igitur argumen-
 19. tum ab expresse ad tacitum procedere possit, ut tacitum adsit priùs, necessè est. Deinde * sciendum: argumentum ab expresse ad ta-
 20. citum eo casu procedere, quo lex expresse non requirit. Atquin
d. Novell. 1. c. 2. expressam Falcidianæ quartæ prohibitionem requirit. Ergò tacita sufficere non potest. Quare * hîc valebit illud, quod aliàs dici solet: expressa nocent, non expressa non nocent. *l. nonnunquam 52. ff. d. condit. & demonstrat. Bartol. & Angel. in d. §. si verò expresse Socin. sen. consil. 33. vol. 1. Socin. Jun. consil. 170. n. 42. vol. 2. Fachinæ. libr. 5. contrav. 13. Menoch. d. præsump. libr. 1. præsump. 45. n. 15. Covarruv. ad c. Raynaldus. §. 3. n. 6. Alexand. consil. 5. vol. 3. Sarmient. libr. 1. quæst. c. 7. n. 11. Vaud. 2. q. 17. Treutl. p. 2. disput. 14. th. 5. lit. B. in allegat. Harpprecht. ad §. fin. h. t. n. 19. Wessenbec. in æ. ff. h. t. n. 8. Guid. Pap. decis. 537. Boer. decis. 44. Vasq. libr. 3. de succ. progress. §. 2. tit. d. fideic. substit.*

* *

Controversia IV.

Quantitas patrimonii in L. Falcidia ratione ineunda mortis tempore spectatur.

Summaria.

In ratione Falcidiæ ineunda tempus mortis inspicitur. *u. l. § 2.*

Excipitur casus, qui causam ex facto & obligatione à defuncto contracta habuit. *n. 3. 4. § 5.*

Quid obtineat in terminis peculii. *n. 6.*

Marcelli sententia *in l. 56. pr. ff. h. t. n. 7.*

Juliani contraria sententia *in l. 83. cod. tit. n. 8.*

Conciliatio. *n. 9. 10. § 11.*

Obiectio. *n. 12.*

Solutio. *n. 13.*

Quantitatem * patrimonii in ratione L. Falcidiæ ineunda mortis tempore spectari; tradit Justinianus Imperator *in §. quantitas 3. h. t. & respondit Gaius JC. in l. in quantitate 73. ff. cod. tit.* Si * quid igitur post mortem testatoris, vel accedit vel decedit hæreditati, id damno & lucro hæredis accedit & decedit *d. §. & d. l. 73.*

Quod * fallit in eo, quod causam ex facto & obligatione à defuncto contracta habuit: ut * si debitor, cum solvendo non esset aut bonis cessisset, post mortem creditoris factus sit solvendo: & * si dies vel conditio obligationis à defuncto contractæ venerit & extiterit: quibus casibus tempus aditæ hæreditatis inspicitur & per ista hæreditas in commodum legatariorum augetur: quod probat *l. si post mortem §. §. 1. & seqq. ff. quand. dies legat. ced. & l. cum quo §. 1. ff. h. tit.*

Quid * verò in terminis peculii apud patrem existentis, cujus ratione ille à creditore conveniri poterat, sit statuendum; de eo sanè discrepantes fuisse Jcc. sententias, probare videtur *d. l. 56. & l. si creditor 83. ff. h. t.* Nam * *in d. 56. pr.* respondit Marcellus: in hoc casu in L. Falcidiæ ratione ineunda tempus mortis, *in d. l. 83.* verò * contra respondit Julianus JC. tempus aditæ hæreditatis inspiciendum esse. Verùm * non adeò difficile videtur, duos hosce Jcc. in concordiam reducere: siquidem Marcellus *in d. l. 56. pr.* expressè loquitur de peculio diminuto; Julianus verò *in d. l. 83.* de peculio

10. culio aucto : & * quòd in casu aucti peculii tempus aditæ hæreditatis inspiciendum sit , statuit idem Marcellus in d. l. 56. §. 1. ubi ait : quòd , sicut cum conditio crediti extitit post mortem , ita etiam peculii incrementum pleniorē faciat hæreditatem. Ut * adeò casum conditionis existentis cum casu peculii aucti disertè ibi compareret Marcellus.
- 11.
12. Neque * hic obstat : eandem debere esse rationem damno-
13. rum & commodorum : siquidem * hoc in ijs locum habet , quæ noviter emergunt & accedunt post mortem ; non verò in ijs , quæ causam antè à creditore habuerunt. Vid. Iohann. Fabr. Harpprecht. & Bach. ad d. §. 3. h. t.

De
FIDEICOMMISSARIIS
 hæreditatibus, & ad Sctum Trebel-
 lianum.

T I T U L U S XXIII.

Controversia I.

Testator Trebellianicam prohibere potest.

Summaria.

Controversa est valdè hæc controversia. n. 1.
 Autor affirmativam ejus sententiam defendit. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.
 Fachinæi negativam defendentis sententiam argumentatio, n. 11.
 Responsio. n. 12.
 Sententia nostra communis est & practica. n. 13.
 Trebellianica tacitè prohiberi non potest. n. 14. & 15.
 Quod ampliatur. n. 16. & 17.
 Limitatur in liberis primi gradus, tam de jure communi, quàm statutorio Wirtembergico n. 19. & 20.
 Limitatio sublimitatur.

1. **I**N controversia 3. precedent. tit. stabilivimus : Falcidiam prohi-
2. beri posse à testatore ; An * idem de Trebellianica quarta statu-
3. endum , de eo magna est inter Dd. controversia. Nos * sanè affir-
- mativam amplectimur sententiam. Præterquàm * enim quòd Fal-
- cidia

cidia & Trebellianica jure quoque veteri sint exæquata l. Marcellus. 3. §. 1. ff. ad Sct. Trebellian. ad * exemplum Falcidiae Trebellianica recepta §. sed quia §. h. t. & * Falcidiae appellatione sæpè veniat Trebellianica; l. pater filiam 14. l. Titia. 86. ff. ad L. Falcid. rationes * etiam in Novell. 1. c. 2. §. 2. relatæ in Trebellianica obtineant. Nam in d. §. 2. lex pro Falcidia hæc adducit rationes: Quod * justè & piè relinquere possit testator, quod hæres lucrum non in percipiendo, sed piè agendo habere debeat, vel si hæres parere nolit, abstinere hæreditate possit. Ubi * igitur eadem est ratio, ibi quoque eadem debet obtinere juris dispositio. Et * facit illa ratio, quod lex nova disponens quid in vno æquiparatorum, in altero quoque disposuisse censetur. l. quis servo 20. C. d. furt. junct. l. ut tantum 14. §. 1. & ibi Bart. ff. d. serv. corrupt. Atquin in Falcidia expressè constitutum est, in Novell. 1. c. 2. §. 2. eam prohiberi posse à testatore. Hactenus * etiam nullam diversitatis rationem inter Falcidiam & Trebellianicam videre possumus: quare Falcidia prohiberi possit à testatore, Trebellianica non item: perinde namq; videtur, si testator totam hæreditatem suam legatis exhausterit, siue totam hæreditatem restituere rogaverit hæredem, si effectum hujus rei considerare velimus,

Quamvis * verò Fachinæus libr. 5. controvers. c. 4. negativam defendens sententiam differentias aliquas assignet inter Falcidiam & Trebellianicam; * tamen differentia istæ hîc non attenduntur: quoniam sc. aliâs non solum conveniunt inter se Falcidia & Trebellianica; sed etiam ratio legis pro Falcidia tradita in Trebellianica obtinet. Bartol. in l. Marcellus ff. ad Sct. Trebell. ibidemq; Jason. Covarruy. in c. Raynaldus §. 3. n. 6. d. testament. Gail. 2. observat. 138. n. 15. ubi opinionem * hanc communem, neque ab ea in judicando recedendum esse dicit. Harpprecht. ad §. 11. h. t. n. 4. & seqq. Hunn. in resolut. ad Treutler. p. 2. disput. 14. th. q. 9. Gomes. var. resolut. c. 5. n. 11. tom. 1. Mich. Grassus. in §. testamentum q. 62. n. 4. Duaren. ad l. 55. versic. questio est, & c. ff. d. legat. 1. Jul. Clar. in §. testament q. 62. n. 1.

Hoc * tamen omittendum hîc non erit: quod, sicut Falcidia expressè prohiberi debet à testatore, ita & Trebellianica, nec sufficiat tacita prohibitio: argumentum * ab æquiparatis ducto. Quod * verum est, etiam si etiam verbis generalibus usus fuerit te-

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17. statutor & dixerit, totam hereditatem suam restituere debere heredem, quia hoc ipso heredi beneficium à legibus concessum ademptum non erit, si * enim adimere hoc voluisset testator, expressè hoc fecisset: proinde testator in dubio juri communi conformare se voluisse præsumitur. Ludovic. Roman. *consil.* 239. n. 3.
18. Quam * æquiores esse sententiam, dicit Clarus; licet ipse in contrariam transeat sententiam *d. q. 62. n. 4.*
19. Cæterum * in liberis primi gradus Trebellianicæ prohibitio nullas habet vires, tam de jure communi; *l. jubemus 6. C. ad Sc. Trebellian.* Clar. *d. §. testamentum q. 63. n. 1.* Surd. *consil.* 77. n. 4. & *consil.* 92. n. 15. Grass. *in §. testamentum. q. 62. n. 5.* Tessaure. *decis.* 252. Peregrin. *d. fideicommiss. artic. 3. n. 56.* Tessaure. *quest. forens.* 20. Anton. Faber. *err. pragmat. decad. 11. error. 6.* Rittershus. *ad Novell. p. 6. c. 5. n. 18.* quàm * statuto Wirtembergico. *Sürstl. Wirtemberg. Landr. p. 3. tit. 13. §. Wir wollen/ & §. Dingenen aber ic.* Quæ * tamen limitatio non procedit: quando duplicem detraheret quartam filius, legitimam scil. & Trebellianicam: quo casu Trebellianicæ prohibitio valida esset. *l. Lucius 78. §. maritus 14. ff. ad Sc. Trebellian.* Gail. *d. obs.* 198. n. 16. Clar. *d. q. 63. n. 2.*

Controversia II.

Filius fideicommissogravatus & legitimam & Trebellianicam deducere potest.

Summaria.

- Sententia hæc de jure civili non procedit. n. 1. usq. ad n. 16. inclusive.
- Andree Fachinæi, contrariam defendentis sententiam, argumentatio, n. 17.
- Responsio. n. 18. 19. 20. & 21.
- Aliud argumentum pro Fachinæo adductum. n. 22.
- Solutio. n. 23. 24. 25. & 26.
- Tertium argumentum pro Fachinæo, ex *Novell. 39. c. 1. n. 27.*
- Solutio. n. 28. & 29.
- Iuris Canonici distinctio in hac controversia. n. 30. 31. & 32.
- Ratio distinctionis. n. 33. & 34.
- Iuris Canonici distinctio à jure Wirtembergico comprobata est, & tam in foro Civili, quam Canonico ubique practicatur. n. 35. 36. & 37.
- Practica hujus controversiæ. n. 38. 39. & 40.

1. **D**E * jure Civili filium fideicommissogravatum unquam dentat deducere quartam, verissimum esse censemus. Et * hoc per

per textum satis clarum in l. jubemus 6. C. ad Sct. Trebellian. ubi hæredi fideicommissario dodrans restitui dicitur: qui dodrans novem unias continet, ut ideò tres solùm ibi deducantur uncia. Probatur *etiam hæc opinio nostra per textum non minùs perspicuum, in Novell. 1. c. 1. §. 1. ubi Iustinianus Imperator solam legitimam liberis satis expressè concedit. Sententiæ * hujus ratio hæc est: quòd tum demum Trebellianicam deducat hæres, ubi is nihil de hæreditate ex defuncti judicio consequitur. Atquin * filius legitimam habere debet & quidem institutionis titulo? quam si habet, contra juris rationem esset, ut Trebellianicam insuper deduceret, quæ ad hoc inventa est, ne hæres scriptus propter nullum vel minimum lucrum repudiaret hæreditatem defuncti, atque ut sic voluntas defuncti exitum haberet. Altera * dari potest ratio: quòd legitimam deducere non possit filius, quando ei aliàs à testatore relictum est, sed ad supplementum legitimæ, si minus ea fuerit consecutus, agere debeat. At * verò quando Trebellianicam deduxit filius, eam ex tacita testatoris voluntate consecutus est, qui non prohibuit Trebellianicam. Ergò * non pro tota legitima, sed pro complemento ejus agere potest.

Unde * duplex formari potest argumentum: 1. Quandocunq; filius ex testatoris voluntate aliquid consequitur, non ad totam legitimam, sed ad supplementum ejus agere potest. Atquin quando Trebellianicam deducit filius aliquid de hæreditate ex tacita testatoris voluntate consequitur. Ergò non ad totam legitimam sed ad complementum ejus agere potest. Major * propositio manifesta est. Minor * probatur exinde: quòd testator Trebellianicam non prohibuerit, & simul etiam filium universalem hæredem instituerit, licet eum fideicommisso gravârit: qui nihilominus manet hæres: semel enim factus hæres perpetuò manet hæres. 2. Vicissim * argumentamur; Tum demum Trebellianicam deducere potest filius, fideicommisso gravatus, cùm totam restituit hæreditatem. Atquin ubi legitimam deduxit filius, totam hæreditatem non restituit. Ergò Trebellianicam deducere non potest. Major * propositio manifesta est, & probatur t. h. t. & t. t. ff. & C. ad Sct. Trebellian. Minor * similiter manifesta est, nec ullâ probatione indiget.

Porro, * sententiæ nostræ hæc adducitur firma ratio: quòd fi-

16. lius uno & eodem tempore ut filius & ut extraneus considerari non possit : cū incompatibiles sint hæ qualitates. Qui enim dicit se filium esse, is certè negat se extraneum esse : & rursus qui dicit extraneum se esse, utiq; negat se filium esse. Si * igitur ut filius deducit legitimam ; ut extraneus Trebellianicam deducere non potest.

17. Contra * hanc autem sententiam nostram disputat Fachinæ *controvers. jur. libr. 5. c. 2.* ubi ita argumentatur ; Omnis hæres, qui gravatus est vel totam, vel partem hæreditatis restituere, potest quartam partem deducere. Sed filius est hæres rogatus restituere partem illam hæreditatis, quæ exceptâ legitimâ superest nempe octo uncias. Ergo detrahere potest quartam partem. Verum * nos respondemus ad minorem propositionem : legitimâ hîc minimè exceptam esse ab hæreditate nec separatam : licet * aliàs quota sit hæreditatis *l. 35. ff. d. hæred. instit.* Quando * igitur consideratur hæreditas, tum ei legitima quoque inclusa censetur ; licet eam testator filio nominatim reliquerit. Neque * enim legitima est æs alienum : siquidem ea ære alieno prius deducto constituitur & deducitur.

22. Neque * facit pro Fachinæ illa juris Regula : quod illi, qui diversa habent jura, diversarum personarum loco sint, diversisque modis emulumenta consequi possint. *l. tutorem 22. ff. d. his que ut indign. aufer.* Respondetur * namq; ad hanc Regulam : eam locum habere, quando diversarum personarum qualitas sibi invicem contraria non est. At * verò qualitas hæc sibi contraria est : qui enim filium se esse dicit, is certè negat se extraneum esse : & contra qui asserit extraneum se esse, is utiq; negat se filium esse, ut supra diximus. Deinde * respondetur ad illam juris Regulam : eam procedere, nisi jura illa ita sint comparata, ut per unius introductionem alteri juri præjudicium fiat. At * verò suprâ probavimus, per legitimæ defractionem Trebellianicæ & vicissim per Trebellianicæ deductionem (cæteris tamen paribus) legitimæ præjudicium fieri. Sed * nec pugnat pro Fachinæ *Novell. 39. c. 1.* in qua præter legitimam aliquid amplius deduci permittitur. Respondetur * enim *in d. Novell.* casum singularem poni : eum sc. quando pro ratione personæ legitima ad dotis vel ante nuptialis cōstitutionem sufficiens non est. Vnde * omninò consequitur : si pro ratione personæ sufficiat legitima, eam solam deduci.

Verum

Verūmenimverò * utcunque hæc de jure Civili sint verissima; tamen de jure Canonico diversum in controversia hac est constitutum. Etenim * secundum hoc ita distinguendum est: An filius purè fideicommisso gravatus sit, an verò sub conditione, vel in diem. Si * purè fideicommisso gravatus sit filius, vnam deducit quartam; sin verò sub conditione vel in diem, Trebellianicam & legitimam. *c. Raynucius. & c. Raynaldus. d. testament.* Diversitatis * inter utrumq; casum ratio hæc est: quòd in restitutione purè faci-
enda duæ eodem tempore concurrant deductiones, quod juris regula non admittit. *l. in ratione 11. §. quod vulgò 5. ff. ad L. Falcid.* Sed * quando sub conditione, vel in diem restituere hæreditatem rogatus est filius; duæ istæ detractiones uno & eodem tempore non concurrunt, sed diversis temporibus, quod jure minimè prohibetur. Andr. Geil. 2. *observat. 121. n. 4.*

Quæ * juris Canonici distinctio à jure quoque Würtembergico acceptata & comprobata est. *Süssl. Landtr. p. 3. tit. 13. fol. 378. §. Wann die Etern. ubi Plebst. p. m. th. 203.* Et * tam in foro Civili, quàm Canonico usu ubique practicatur. Carol. Molinæ. *ad consil. Alexandr. consil. 43. n. 8. vol. 2. Joh. Vincent. Hondedæ. consil. 63. n. 74. & seqq. Surd. consil. 77. n. 13.* Quin * in toto terrarum orbe eam praticari, testis est Baldus. *consil. 209. n. 3. vol. 2.*

Est * autem in Practica probè notandum: quòd detractionis hujus duarum quartarum ita ineunda sit ratio: ut primùm quidem & statim legitimam deducat filius ex tota hæreditate. Vbi * verò dies restituendi fideicommissi venerit, aut conditio extiterit, alterum hæreditatis assem denuò constituat, & ex eo quartam ex Scto Trebelliano debitam, & quidē non ex singulis rebus, sed ex communi Dd. sententia pro boni viri arbitrato deducat. Mich. Grass. *commun. opinion. vocab. legitima q. 16. n. 1. Hieronym. Gabriel. consil. 16. n. 28. & 34. libr. 1. Petr. Heig. part. 2. q. 32. n. 15. & 17. ubi * ita judicatum esse testatur.*

Controversia III.

Extranei fideicommisso gravati fructus in Trebellianicam imputant.

Sum.

Summaria.

Fructus vivente testatore percepti in Trebellianicam imputantur. n. 1.

Quid de fructibus pendente die vel conditione perceptis statuendum, controversum est. n. 2.

De quibus idem sentiendum. n. 3.

Exceptis liberis primi gradus. n. 4.

Constitutio l. 6. §. ult. C. ad Sc. Trebellian. locum quoque habet, ubi filius rogatus est, extraneo hereditatem restituere. n. 5. & 6.

Obiectio ex l. 3. §. 11. ff. d. inoffic. testament. n. 7.

Solutio. n. 8. & 9.

FRUCTUS * vivente testatore percepti in hereditatem & sic etiam in Trebellianicam absque ullo dubio imputantur: de quo textus est l. in Centurio 15. ff. d. vulgar. est pupillar. substit. l. in Falcidia 9. ff. ad L. Falcid. l. quasitum est 91. §. pen. ff. d. legat. 1. l. ita tamen 27. §. 1. ff. ad Sc. Trebellian. Menoch. cas. 256. n. 3. & seqq. presump. 197. lib. 4. Sed * de fructibus pendente die vel conditione fideicommissi restituendi perceptis, quando & quibus casibus imputentur in Trebellianicam, inter Doctores controversum est. Quod * verò idem de hisce fructibus statuendum sit, probat l. in fideicommissaria 18. ubi Gloss. & Dd. l. mulier. 22. §. si heres 2. ff. ad L. Falcid. c. Raynurtius x. d. testament. Excipiuntur * hinc liberi primi gradus, qui fideicommissio gravati & rogati, ut hereditatem fratribus vel sororibus restituant, fructus pendente die vel conditione perceptos in Trebellianicam non imputant. l. jubemus 6. §. ult. C. ad Sc. Trebellian. Cujus * legis constitutio quoque locum habet, ubi filius rogatus extraneo hereditatem restituere: siquidem hinc nulla videtur esse ratio, quare hoc casu fructus imputentur in Trebellianicam. Quin * hoc casu minùs, quàm eo in casu quo filiis restituenda est hereditas: ne alioquin melioris conditionis sint extranei, quàm filii.

Contrariari * autem hinc videtur l. Papinianus 1. §. unde si quis 11. ff. d. inoffic. testament. ubi generaliter etiam in causa liberorum respondet Ulpianus JC. fructus perceptos in Falcidiam imputari. Respondemus * nos §. h. 11. de liberis ulterioris gradus; d. l. 6. verò de liberis primi gradus accipiendum & intelligendum esse: inter * filios namque vel liberos primi gradus & nepotes differentia interdum esse solet l. sed si 6. §. 1. ff. d. hered. instit. Gloss. ad d. §. 11. V. in Falcidiam. Gail. 2. observ. 133. Anton. Fab. in Cod. suo lib. 6. tit. 25. definit.

definit. 4. Surd. decis. 21. n. 2. Francisc. Viv. decis. 402. n. 4. libr. 3.
 Casp. Anton. Tessaure. quest. forens. 50. Grass. commun. opinion. in §.
 Trebellianica q. 10. n. 2. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. T. n. 310.
 Peregrin. de fideicommiss. art. 3. n. 114. & artic. 49. n. 59. Decian. consil.
 106. n. 7. vol. 2. Fachinæ. controvers. juris libr. 5. c. 10. Treutl. p. 2. disp.
 14. th. 9. lit. B.

De
SINGULIS REBUS PER
 fideicommissum relictis.

TITULUS XXIV.

Controversia I.

*Quando quis plus restituere rogatur, quàm ipse
 ex testamento acceperit, quod plus est inuti-
 liter relinquitur.*

Summaria.

Regula hæc probatur. n. 1. 2. & 3.

Ratio hujus regulæ redditur. n. 4.

Limitationes ejusdem, remissivè. n. 5.

Limitatio hujus regulæ ex l. 70. §. 1. ff. d. legat. 2. n. 6. & 7.

Ratio limitationis. n. 8.

Sublimitatio, n. 9. & 10.

TRadit * Justinianus Imperator in §. 1. h. t. versic. hoc solum obser-
 vandum &c. Ne quis plus rogetur alicui restituere, quàm ipse
 ex testamento acceperit: nam quod amplius est, inutiliter relinqua-
 tur. Quæ * regula traditur quoque in l. si legatarius 8. pr. ff. d. legat.
 5. Et * confirmatur per l. planè 34. §. fin. l. videndum 95. ff. d. legat.
 1. l. 1. §. sciendum 6. ff. d. legat. 3. l. filiusfamiliâs 114. §. 3. d. legat. 1. l.
 cum pater 77. §. qui dotales 5. ff. d. legat. 2. l. ab eo 9. C. d. fideicommiss.
 l. 1. §. si his qui 17. in fin. l. ex facto 17. §. 2. ff. ad S& Trebellian. Cujus
 * Regulæ hæc perspicua datur ratio: quòd onus commodo respon-
 dere & nemo plus onerari debeat, quàm sit honoratus l. secundum
 naturam 10. ff. d. Regul. jur. Rittershus. add. §. 1. & Harpprecht.
 ibidem n. 3.

5. Quæ * regula tamen limitationes suas habet, quas tradit Joh. Fab. Christoph. Port. & Bachovius. *ad d. §. 1. versic. hoc solum observandum.* Tum * verò in primis procedit regula hæc: quando in
6. quantitate legatur alicui, & is in quantitate oneratur; quando *
7. verò quantitas relinquitur & species ipsius hæredis propria restitui jubetur, aliter comparatum est: quo casu danda est species, licet quantitatem ab hærede ex testamento acceptam excedat. *l. Imperator 70. §. 1. ff. d. legat. 2.* Diversitatis * ratio hæc redditur: quòd posteriori hoc casu hæres speciem suam quantitate acceptâ æstimasse videatur. Accurs. *ad d. l. 70. verb. inutil.* Quando * verò quantitas relinquitur & species aliena restitui jubetur, similiter ut prior casu non plus restituit hæres scriptus, quàm ipse accepit: etenim * quantitatem hoc casu restituere jussus censetur: nam si speciem non vendere vult dominus, hæres æstimationemolvere potest. *l. Titia. 34. d. legat. 2. Paul. de Castro. ad d. l. 70. col. 1. versic. si centum Fab. & Port. d. l.*

De CODICILLIS.

TITULUS XXV.

Controversia I.

Fœmina in codicillis testis esse potest.

Summaria.

Fœmina in testamento inter liberos & ad pias causas testis esse potest. n. 1.

Opinio nostra probatur. n. 2. 3. & 4.

Objectio. ex l. 8. §. in eundem C. d. testament. n. 5.

Solutio. n. 6. & 7.

Opinio nostra communis est & practica. n. 8. & 9.

Quam jus Würtembergicum sequitur. n. 10.

1. **U**T * in testamento inter liberos & ad pias causas testis esse potest fœmina; Prosp. Farinac. *d. test. q. 59. n. 68. & 70.* ita
2. etiam in codicillis. Nam * in l. fin. §. fin. C. h. t. simpliciter dicitur: in omni ultima voluntate, excepto testamento, quinque testes sive rogatò sive fortuitò venientes vno eodemq; tempore adhiberi debere; neque exigitur viros eos esse oportere. Quam * opinionem
3. com-

comprobat etiam : quòd solemnia in codicillis cessare debeant & testes in iis non ad formam , sed ad probationem requirantur ; Ferdinand. Vasqu. *d. success. progress.* §. 30. n. 4. 5. & 6. ut * verò viri in testamento testes adhiberi debeant, pro solennitate ejus introductum sit. *l. qui testamento* 20. §. *mulier* 6. & 7. ff. *qui testam. fac. poss.*

Non * obstat *l. hac consultissima* 8. §. *qua in eundem C. eod. tit.* in qua eundem modum in codicillis adhiberi vult Imperator, qui in testamento adhiberi debet. Nam * non generaliter dicitur hoc ; in *d. l. 8.* sed specialiter, in casu sc. cæci, codicillos facere volentis : qui * ut in testamento octavum testem, vel Notarium adhibere necessè habet ; sic etiam in codicillis præter quinque testes sextum, vel Notarium adhibere debet.

Quæ * est communis Dd. sententia, teste Josepho Mascard. *d. probat. conclus.* 764. n. 7. Speculat. *tit. d. test.* §. 1. n. 83. versic. *quid de codicillis*, neque * ullo pacto ab ea ut communi recedendum esse, monet Farinac. *d. test. d. c.* 59. n. 64. Eamque * jus Wirtembergicum sequitur, Sürstl. *Würtemb. Landrecht.* pag. 420. & seqq. ibiq. D. Plebstius *th.* 335. & defendunt Bartol. in *l. 9.* ff. *d. stat. homin.* Guid. Papæ. q. 538. Schneidevvin. *ad §. fin. h. t. n.* 37. Hartman. *observat. libr. 2. tit. 39. observat. 1. n.* 11. & *tit. d. test. 15. observat. 5. n.* 3. Harpprecht. *ad §. testes autem* 6. *instit. d. testament.*

Controversia II.

Statuto testari prohibitus nec codicillos jure condit.

Summaria.

Status controversiæ. n. 1.

Negativa ejus sententia stabilitur. n. 2. & 3.

Obiectio. n. 4.

Solutio. n. 5. 6. & 7.

Alia obiectio. n. 8.

Solutio. n. 9.

Sententiæ hujus limitatio. n. 10. 11. 12. & 13.

Quæ communis est. n. 14.

DE * eo controvertitur quoque inter Doctores nostros: An statuto testari prohibitus codicillos nihilominus jure condere possit : ut si exempli causâ minor 25. annis statuto testamentum facere prohiberetur, an non obstante statuto codicillos condere pos-

Nun 2

sit ?

2. fit? ubi * nobis placet negativa sententia: quæ probatur per regulam, quòd testari prohibitus & codicillos facere prohibitus censeatur in *l. conficiuntur 8. §. codicilli 2. ff. h. t.* ubi respondit Paulus JC. codicillos totiens valere, quotiens quis testamentum quoque facere potest. Eadem * regula traditur etiam in *l. Divi Severus & Antoninus. 6. §. codicillos 2 eod. tit.* ubi ait Marcianus JC. codicillos eum demum facere posse, qui & testamentum facere potest.

4. Non * obstat: quòd statuta, præsertim juri communi derogantia, propriè intelligenda strictimq; interpretanda sint. *arg. l. constitut. 24. ff. ad municip. l. quod constitutum 21. ff. milit. testament. l. quicquam adstringenda 99. ff. d. V. O. Bartol. Angel. & Dd. in l. si servo §. de viro ff. solut. matrimon.* Respondemus * namq; verum hoc esse, nisi ipsa lex interpretetur statutum: quippe statutum interpretationem actionem & passivam à jure communi recipit *l. 1. §. lex Falcidia ibiq; Bartol. & Alexand. d. Imola. ff. ad L. Falcid. l. 2. C. d. noxal. act. c. cum delectus x. d. consuet. Aym. Cravett. consil. 641. n. 11.*

6. Quoniam * igitur de jure communi expeditum est, testari prohibitum nec codicillos facere posse; ideoq; in eodem sensu statutum accipiendum & intelligendum erit. Quin * statutum, licet stricti sit juris, tamen ad casus similes ex rationis identitate extendi posse, dummodò casus ille legem contrariam non habeat; tradit Abbas Panormitanus in *c. translato d. constit.*

8. Non * obstat etiam: quòd æquius & humanius videatur, eam sequi sententiam, quæ ultimæ voluntati favet. *l. si pars judicantium ff. d. inofficios. testament.* Respondemus * enim quod procedat hoc, modò juridica & legibus conformis sit illa æquitas; cæteroquin si cerebrina sit, non admittitur.

10. Cæterum * hoc tamen hic observandum erit: quòd mens quoque statuentium inspicere debeat, quæ si appareat, secundum eam statutum procul dubio interpretandum erit. Nam * recedi quoque potest à verbis statuti & patiuntur ea extensionem, quando apparet: statuentes, si de hoc fuissent interrogati, verisimiliter ita statuuisse: secundum Gloss. in *l. tale pactum ff. d. pact.* Et mentem statuentium etiam conjecturatam considerandam semper esse; consuluit quoque Tiberius Decianus *consil. 46. n. 116. vol. 2. Petr. Gerard. d. Petra Sancta in singular. n. 15* Quin * mentem statuentium attendendam esse, etiam si verba statuti offendantur; tradit idem Gerard. *d. l. n. 15.*

Quam

Quam * opinionem tanquam communem amplectuntur Bartol. in l. 2. ff. d. legat. 1. ibidemq; Alexand. Mich. Grassus. recept. sentent. §. codicill. n. 3. Vasq. d. success. progress. §. 30. n. 32. Duaren. ad l. 2. ff. d. legat. 1. Treutl. p. 2. disput. 10. th. 2. lit. A. ibiq; Bachov. & Hunn.

Controversia II I.

Testamentum ipso jure nullum virtute clausula codicillaris sustinetur.

Summaria.

Status controversiæ formatur. n. 1. & 2.

Affirmativa ejus sententia stabilitur. n. 3. 4. & 5.

Fachinzi contraria sententia. n. 6.

Primum ejus argumentum ex l. 13. ff. d. inofficios. testament. ex l. 29. pr. ff. qui testament. fac. poss. & ex l. 15. & ult. ff. d. legat. 3. n. 7. 8. 9. & 10.

Solutio. n. 11. 12. 13. 14. & 15.

Fachinzi instantia. n. 16.

Solutio. n. 17. 18. & 19.

Secundum Fachinzi argumentum. n. 20.

Solutio. n. 21. & 22.

SIve * invalidum sit testamentum ex causa exhæredationis, si-
ve nullum ex causa præteritionis, vel omissæ solennitatis; ta-
men virtute clausulæ Codicillaris sustentatur. Non * qui-
dem ita, ut hæredes scripti directò succedere possint, sed ut hæ-
redes legitimi hæreditatem ab intestato prius adeant, & dein-
de demum eam hæredibus in testamento scriptis Trebellianicâ, &
si liberi sunt legitimâ detractâ restituant. Quæ * sententia
nostra probatur per l. ex ea scriptura 29. in fin. ff. qui testament. fac.
poss. l. ult. §. illud quoq; 1. ibi: nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codi-
cillorum scriptura debeat continere C. h. t. l. ex testamento 29. C. d. fi-
deicommiss. l. generaliter 24. §. ex testamento 11. ff. d. fideicommissar. li-
bertat. l. quia autem 6. pr. ff. si quis omiss. caus. testament. l. Scævola 76.
ff. ad Scæ. Trebell. l. cum quis 37. §. Sejam. 2. ff. d. legat. 3. l. cum filio fa-
miliâs 11. ff. d. legat. 1. Nam * clausula codicillaris idem operatur,
ac si ab intestato venientes rogâset testator, ut hæreditatem scriptis
hæredibus restituerent. l. fin. C. h. t. At * verò si codicillis factis
ab intestato venientes expressè rogâset testator, ut scriptis hæredi-
bus hæreditatem restituerent, sine omni dubio fideicommissum
præstandum esset. l. si quis cum testamentum 3. ff. h. t.

6. Contra * quam opinionem disputat Andreas Fachinæus *libr.*
 7. *4. controuv. c. 11.* cujus * tamen fundamenta tanti non sunt momen-
 8. ti, ut nos in sententiam ejus trahi possent. Primo * autem adducit
 Fachinæus *l. Titia 13. ff. d. inofficios. testament.* ubi illa habentur for-
 malia verba: *Titia filiā heredē instituit, filio legatum dedit: eodem testa-*
mento ita cavit: Ea omnia, quæ suprà dari fieri jussi ea dari fieri volo ab
omni heredē bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure intestato. Item
quæ dari jussero, ea uti dentur fiantq₃ fidei ejus committo, quæsitum est,
si soror Centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite suprà
scripto debeantur. Respondi si hoc queratur: an jure eorum quos quis si-
 bi ab intestato heredes bonorumve possessores successuros credat, fideicom-
 mittere possit? Respondi posse Paulus notat, probat autem nec fideicom-
 missa ab intestato data deberi, quasi à demente. Quod * idem doceat
 9. Paulus in *d. l. ex ea 29. pr. ff. qui testament. fac. poss.* & * Scævola in
 10. *l. Patronus 15. §. ult. ff. d. legat. 3.*
 11. Verùm * respondetur Fachinæo: quòd quidem testamentum
 invalidum vel nullum non trahatur ad fideicommissi causam, etsi
 voluerit hoc testator, nisi expressè dixerit, *jure codicillorum valere*
 12. *illud debere*; vel * quod perinde est: nisi ita dixerit testator: *valeat*
 13. *testamentum quocunque jure valere potest*: nam * clausula hæc clau-
 sulæ codicillari æquipollet *d. l. 29. ff. qui testament. fac. poss.* & no-
 tatur in *l. 3. ff. d. milit. testament.* Menoch. *d. presump. libr. 4. præ-*
sumpt. 31. n. 9. Anton. Gabriel. *commun. conclus libr. 4. tit. d. testam.*
 14. *conclus 5. n. 9.* Decian. *consil. 37. n. 12. vol. 1.* Quòd * sustinetur hic
 15. testamentum, ex privilegio fit clausulæ codicillaris; ubi * igitur
 clausula hæc adposita non est, testamentum neque ut fideicommiss-
 sum subsistere potest: licet testator hoc expresserit. Salycet. *ad d. l.*
 16. *fin. §. illud quoq₃ C. h. t.* Instat * hîc Fachin. *d. l. ajens*: per clausu-
 lam hanc codicillarem leges filiis præteritis vel exhæredatis ab in-
 17. testato successionem deferentes eludi. Sed * nos regerere possumus
 Fachinæo: opinione ejus subsistente clausulam codicillarem eludi
 & everti, contra legum Romanarum intentionem & sanctionem,
 cùm hâc ratione perexiguus, imò ferè nullus ejus esset effectus. Et
 18. * deinde leges testamentum, in quo præteritus est filius vel exhæ-
 redatus, invalidum & nullum pronunciantes, per clausulam hanc
 19. codicillarem non planè negliguntur, nec eluduntur: siquidem *
 testamentum ad causam intestati redigitur, & liberi legitimâ de-
 tractâ

tractâ successores fiunt. Nihil * etiam movet id quod de honorifico institutionis titulo, qui adimatur liberis, objicit Fachinæus: quoniam * testamentū ad intestati causam reducitur & ab intestato hæredes sunt liberi: si * etiam testator codicillis factis ab intestato rogâset eos hæreditatem fideicommissariis restituere, utique facere hoc potuisset, licet liberi hæredes instituti non essent. Quæ est magis communis Dd. opinio, quam defendunt Bartol. *ad auth. ex causa C. d. liber. præterit.* & in l. 1. ff. d. jur. codicill. Gabriel. *conclus. 7. & 8. libr. 6.* Tessauro. *decis. 141.* Menoch. *d. præsumpt. 32. & præsumpt. 60. n. 74. libr. 4.* Clar. in §. *testamentum q. 46. n. 1.* Fab. Turret. *d. effect. & defect. clausul. codicillar. q. 3. per tot.* Geil. *2. observat. 114. n. 2.* Besold. *delibat. 19. pag. 445.*

Controversia IV.

Testamentum tamen in quo posthumus est præteritus, virtute clausula istius codicillaris non sustinetur.

Summaria.

Status controversiæ. n. 1. & 2.

Autor Bartoli sententiam defendit & probat. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

Objectio. n. 12.

Solutio n. 13. 14. & 15.

Ampliatio huius opinionis. n. 16.

Secunda ampliatio. n. 17. & 18.

Tertia ampliatio. n. 19. & 20.

Quarta ampliatio. n. 21. & 22.

Opinio nostra est magis æqua, secundum verisimilem mentem testatoris & magis communis. n. 23. & 24.

IN * præcedenti controversia dictum, clausulam codicillarem ejus esse efficaciam; ut testamentum ex causa præteritionis filii nullum sustineat; An * idem jam statuendum, ubi filius posthumus præteritus, in controversiam quoque vocatur. Nos * secuti Bartolum in l. 1. ff. d. jur. Codicill. n. 10. negativam tueri sententiam haud veremur. Idque sequentibus moti juris textibus & rationibus. 1. Quia * donatio inter vivos filiorum natiuitate revocatur. l. si unquam 8. C. d. donat. Ergo * multò magis testamentum hujusmodi: duorum enim consensu perficitur donatio, testamentum verò ex unius

20.

21

22.

1.

2.

3.

4.

5.

- unius solum dependet arbitrio. Facilius * igitur revocari potest testamentum vel fideicommissum, quam donatio. 2. In * testamento militis jure communi confecto tacite inest clausula, *omni meliori modo, vel si non valeat jure communi, valeat tamen jure militari* l. 3. ff. d. milit. testam. Et * tamen si post testamentum à milite factum natus sit posthumus, nihil operabitur clausula illa, nisi probetur, testatorem de posthumo cogitasse. l. sicut certi 9. & l. seq. 10. C. d. milit. testam. Facit * etiam, l. ex facto 43. ff. d. vulgar. & pupill. subst. ubi traditur: verisimile non esse testatorem muto substituentem, vel Principem taliter substituendi privilegium concedentem voluisse, ut liberis supervenientibus locum haberet. Optimè * confert huc l. qui gravi 11. ff. d. jur. Codicill. in qua habetur: quod pater non censeatur filiam nascituram, de qua non cogitavit, gravare. Probatur etiam * sententia nostra: quod nec præsumatur testator, alienam sobolem suæ anteponeere voluisse l. cum acutissimi 16. C. d. fideicommiss. l. generaliter C. d. instit. & substit. l. ex testamento 102. ff. d. vulg. pupill. subst. Bartol. d. l. Menoch. d. præsumpt. d. c. 33. n. 2. Tiberi. Decian. vol. 1. resp. 37. n. 11. & seq. Fachin. controv. lib. 4. c. 12.
- Nihil obstat * opinioni nostræ vis & virtus clausulæ codicillaris: tum * enim clausula isthæc suum operatur effectum, quando testatoris voluntate subnixa est; neque enim clausula codicillaris testamentum contra testatoris voluntatem firmare potest. D. Besold. ex lib. 5. Pandect. delibat. 19. Quamvis * enim defectum solennitatis suppleat clausula hæc; tamen defectum voluntatis minimè supplet. Atquin * non præsumitur, de posthumo cogitasse testatorem: semper enim de parentum voluntate erga liberos imprimis postumos nullius culpæ capaces piè & humaniter suspicandum est. Ant. Faber. C. h. t. definit. 2.
- Quæ * opinio indistinctè vera, sive in præteritum sive in futurum concepta sint codicillorum verba: semper enim futurum tempus cogitasse testatorem, præsumitur; cum non minùs mortis & delatæ hæreditatis tempus inspiciendum sit, quàm conditi testamenti, quotiens quæritur an valeat testamentum, quia nec antè effectum habere potest. Fab. d. l.
- Vera * est etiam sententia hæc, etsi post nativitatem posthumum supervixerit testator, nec tamen testamentum mutaverit: scivit * enim illud ipso jure ruptum esse. Jul. Clar. recept. sent. §. testa-

testamentum q. 46. num. 2. Decian. d. l. n. 36. Geil. 2. obs. 114. n. 13. D. Harppr. ad §. postliminij instit. d. exhered. liber.

Nec * quoque interest: an uxorem suam prægnantem esse sciverit testator, an non: quoniam ut jam dictum cognitum habuit, si nascatur posthumus, eum testamentum rupturum esse; & * prætereà uxor etiam abortire potuit. Jul. Clar. d. l. Gail. d. observ. 114. n. 6.

Denique * vitiatur testamentum tam quò ad legata, quàm quò ad institutionem: D. Besold. d. l. fol. 445. sive * parva sint legata, si-ve magna Jul. Clar. d. l. ubi dicit: ab * hac opinione non recedas, quia est magis æqua, rationabilis, favens liberis & secundum verisimilem mentem testantis; & d. l. porro ait: Hanc opinionem tanquam æquiores semper tenui & quæ * hodiè procul dubio est magis communis, & illam si casus contingeret intrepidè sequeretur judicando & consulendo.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

Liber Tertius.

TITULUS I.

De

HÆREDITATIBUS, QUÆ

ab intestato deferuntur: cum seqq. 12.

titul.

Controversia I.

Representationis Jus in descendantibus in infinitum extenditur.

Ooo

Sum.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ n. 1. 2. 3. & 4.

Objectio ex §. 6. h. t. n. 5.

Solutio. n. 6. & 7.

Objectio ex l. 23. §. 1. ff. d. bon. libert. n. 8.

Solutio. n. 9. 10. & 11.



Representacionis * jus in descendantibus in infinitum extendi & obtinere probat §. ult. h. t. ibi : & alias deinceps personas. Novell. 118. c. 1. ibi aut alios descendentes : & paulò post ibi, in hoc enim ordine gradum quæri nolumus. Forster. d. success. c. 21. n. 6. Facit * etiam hæc ratio, quòd aliàs cum manifesta absurditate deterioris essent conditionis descendentes, quàm collaterales, hi enim absque omni dubio in decimum usque gradum succedunt. D. Bachov. p. 2. disput. 16. 1. th. lit. H. Et * hæc : quòd filij nepotes cæterique descendentes hæreditatem in liberos suos transmittant. l. unic. C. qui ant. apert. tabul. Atquin * longè difficiliùs inducitur transmissio, quàm representatio. l. 3. C. d. suis & legit. D. Hunn. resolut. lib. 3. tract. 1. quest. 6.

Non * obstat §. 6. h. t. in quo nepotum duntaxat & pronepotum fit mentio : juris * enim est certi, exempla non restringere regulam, sed eam declarare & exornare ; exempli verò gratià nepotum solùm & pronepotum in §. h. 6. mentionem fieri ; facile ex eo apparet. Ideò * autem harum personarum solùm mentionem facit Justinianus : quia rarissimè accidit, ut abavus abnepotem videat.

Non * etiam obstat l. libertus 23. §. 1. ff. d. bon. libert. in qua dicitur : si libertus filio & ex altero filio nepotibus relictis decesserit, nepotes non admitti. Etenim * agitur ibi, non de successione paterna, sed liberti, in cujus successione singulare est, uti d. l. 23. innuunt illa verba, quia proximum quemq. ad hæreditatem vocari manifestum est. Nisi * enim in liberti successione singulare esset, sequeretur illud absurdum ; representationis jus in successione paterna in descendantibus planè non obtinere : nam * filio Patroni superstite nepotes etiam in d. l. 23. excluderentur ; quod nemo dixerit.

Con-

Controversia II.

*Nepos post avi mortem conceptus & natus
avo succedit.*

Summaria.

Status controversiæ formatur. n. 1. & 2.

Affirmativa ejus sententia stabilitur. n. 3. 4. & 5.

Limitatio. n. 6. & 7.

D. Harpprechti contrariam defendentis sententiam argumentatio. n. 8. & 9.

Responsio. n. 10.

Bachovii distinctio. n. 11.

Rejectio hujus distinctionis. n. 12. 13. 14. 15. & 16.

Sententia nostra hodiè de Novo jure omni dubio caret. n. 17.

Bachovii responsio. n. 18.

Refutatio. n. 19. 20. & 21.

Illud * certum est, nepotem avo adhuc vivente conceptum, non
tamen natum, avo succedere; §. 8. h. t. hoc * verò valdè dubium,
an nepos conceptus & natus post avi mortem ei succedat? Aiens *
sententia verissima nobis videtur. Nam etsi post mortem avi con-
ceptus sit nepos; tamen ex sanguine ejus deductus est: cum inter
adscendentes & descendentes consanguinitas in infinitum consistat
& permaneat. Forster. d. succ. ab intestat. pag. mihi 99. Jura * etiam
sanguinis nullo civili jure tolli queunt: l. jura sanguinis 8. ff. d. R. I.
quare * nepos avo ex sanguinis jure omninò succedet. Hoc * qui-
dem verum est: nepotem avo neque ut suum, quia in morientis po-
testate non fuit, neque ut cognatum, sive de jure civili sive de Præ-
torio quæras succedere posse. §. 8. h. t. l. si quis pr. 6. ff. d. injust. rup. &
irrit. & c. l. Titius 6. ff. d. suis & legit. hered. Admittitur * tamen
ex patris sui persona, jure transmissionis scil. sive repræsentationis:
cum ut præc. contrav. probatum, repræsentationis jus in descendentibus
in infinitum obtineat.

Quamvis * verò Dn. Harpprechtus ad d. §. 8. num. 4. tom. 3. ne-
gare non dubitet, nepotem post avi mortem conceptum & natum
avum ne naturali quidem cognationis jure attingere; hoc * tamen
falsum esse censemus. Utitur quidem Harpprechtus hac ratione:
quia sanguinis necessitudo & conjunctio ne fingi quidem inter
duos possit, quorum neuter in rerum natura eo tempore fuerit,

- quo de deferenda hæreditate agitur, hoc est mortis tempore. Verum * negatur hoc ipsum Dn. Harpprechto: quis enim negarit unquam, quod nepos hic ex avi sanguine deductus & procreatus sit? Ne Imperator quidem negare hoc posset.
10. Non * erat etiam, ut Dn. Bachovius *p. 2. disp. 16. th. 1. lit. G.* distinctionem hanc, num ex propria persona, num verò ex parentis succedere velit nepos, ex hoc fundamento, ut ineptam rejiceret: quoniam scilicet hoc casu, veluti si pater ipso jure hæres proponatur, non avo, sed patri suo succedant nepotes, & bona avita in bonis patris & cum eis conjuncta reperiant. Etenim * quomodo ipso jure hæres esse potuit pater defunctus: cum delatæ hæreditatis tempore in rerum natura amplius non fuerit? Non * sufficit etiam ipso jure aliquem etitisse hæredem; sed insuper exigitur, aditam fuisse hæreditatem, ut hæreditas in bonis ejus fuisse dici possit: licet * enim suus ipso jure hæres sit; tamen abstinendi licentiam habet.
12. *l. 15. 57. ff. d. ad qu. vel. omitt. hæredit.* Quia * igitur pater quod præsupponitur, non adiit avi hæreditatem, etiam in bonis ejus fuisse eam dici non potest: consequenter nepos non patri, sed avo ex patris tamen persona succedit. Et * prætereà ut maximè dicas, non avo sed patri succedere nepotem; tamen in effectu ferè idem est, ac si avo successisset, propter commoda scilicet hæreditatis, de quibus impræsentiarum agitur.
13. Quæ * sententia nostra hodie propter Novellam *118. c. 1. pr.* omni dubio carere videtur. D. Hunn. *resol. Treutl. d. t. h. 1. q. 11.* Haud
14. * enim sufficienter respondet D. Bachovius *d. l. ajens sextus solum*, gradus & potestatis differentiam tollere in *d. Nov. Justinianum*: sufficit * enim gradus & potestatis differentiam sustulisse Justinianum.
15. Namque * si nulla gradus, nulla potestatis differentia ex mente Justiniani attendi debet, certè nec hîc attendenda erit; licet nepos post avi mortem conceptus & natus sit: quippe * succedunt hodie liberi solâ naturali causâ inspectâ, uti habetur in *auth. success. C. d. suis & legit. liber. &c.*
16. 17. 18. 19. 20. 21.

Controversia III.

*Per subsequens matrimonium legitimatus
in feudo succedit.*

Sum.

Summaria.

Per Curia oblationem & Principis rescriptum legitimatus in feudo non succedit n. 1.

Controversia hujus affirmativa sententia probatur. n. 2. 3. 4. & 5.

Obiectio ex §. naturales tit. 26. libr. 2. feud. n. 6.

Solutio. n. 7. 8. 9. & 10.

Sententia nostra æqua est & in praxi recepta. n. 11. 12. 13. & 14.

NEque * per Curia oblationem, neq; per Principis rescriptum legitimatus in feudo succedit; §. naturales tit. 26. libr. 2. feud. ast * per subsequens matrimonium legitimus effectus ad feudi successionem admittitur. Nam * taliter legitimatus verè legitimus quò ad omnia dicitur: tanta enim matrimonii vis est & authoritas, ut omnia præcedentia vitia purget tollatque; c. tanta x. qui fil. sint legit. ibiq; Gloss. in verb. legitimi & Panormit. n. 4. & 7. cum * legitimationis tempus ad nativitatis tempus retrahatur, ut matrimonium ante naturalis filii nativitatem contractum censeatur. Gloss. d. l. Quinimò * tanta est matrimonii vis, quanta expressæ Principis voluntatis.

Sed * objiciunt contrariæ sententiæ assertores d. §. naturales, cujus verba ita sonant: *Naturales filij licet postea fiant legitimi ad successionem feudi, nec soli nec cum alijs admittuntur.* Respondetur: * quòd textus hic non de per subsequens matrimonium, sed per Principis rescriptum legitimatis loquatur. Hoc * exinde colligitur: dicitur in d. §. *Licet postea fiant legitimi*, nimirum postquam feudi successio delata est; agitur enim ibi de ipsa feudi delata successione, cum viventis nulla sit hæreditas. Et * ergò textus obiectus minimè de per subsequens matrimonium legitimatis tractat: postquam * enim delata est feudi successio, post mortem nimirum patris vasalli, per subsequens matrimonium legitimationi locus amplius esse nequit. D. Bocer. d. Regal. c. 2. n. 35. & d. succ. feud. c. 3. q. 2. D. Harppr. ad pr h. t. n. 319. tom. 3. Quæ * opinio de æquitate placuit quoque Iacobo de Belviso ad d. §. naturales. Ea; * in praxi recepta est, Schurff. centur. 2. consil. 1. n. 16. Wessenb. d. feud. c. 6. n. 9. & secundum eam non solum * in Ducum Saxonie consistoriis; Schneidevvin. d. feud. p. 6. n. 13. Hartm. Pistor. 2. q. 41. n. 26. sed * etiam in summo Imperii Romani Tribunali, Camera sc. Imperiali pronunciatur. Myns. 5. obs. 42. Gail. obs. 141.

Controversia IV.

*Princeps filium naturalem extantibus etiam
agnatis ita legitimare potest, ut in feudis
antiquis (Stam-Lehen) succedere possit.*

Princeps filium naturalem ad feudi successionem legitimare potest, ubi nulli
agnati adsunt. n. 1. & 2.

Controversiæ hujus affirmativa sententia stabilitur. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.

Hartmanni Pistorii contraria sententia. n. 11. & 12.

Primum ejus argumentum. n. 13.

Responsio. n. 14. 15. & 16.

Secundum Pistorii argumentum ex l. 4. ff. d. nat. restit. n. 17.

Responsio. n. 18. & 19.

Tertium Pistorii argumentum ex c. 1. d. feud. alienat. & c. n. 20.

Responsio. n. 21.

Quartum Pistorii argumentum. n. 22.

Responsio. n. 23.

Quintum & ultimum Pistorii argumentum. n. 24. & 25.

Responsio. n. 26.

Sententia nostra communis est. n. 27.

Ejus Limitatio. n. 28. & 29.

1. **D**ictum est præcedenti controversiæ, per Principis rescriptum le-
gitimatos in feudis non succedere; verum * id hanc admittit
limitationem, nisi legitimatio ad feudi etiam successionem in re-
scripto expressè facta sit. Ita * legitimare posse Principem ubi nul-
li existunt agnati, omni caret scrupulo; sed * ubi agnati adsunt,
in quorum præjudicium tendit legitimatio isthæc, majorem ha-
bet dubitationem. Ad * quam controversiam rectè decidendam,
præmittendum: Principem duplicem sibi vindicare potestatem,
nimirum ordinariam & extraordinariam. Potestas * Principis
ordinaria legibus regulariter submissa est, cum Princeps legibus
vivere debeat. l. digna vox 4. C. d. LL. Potestas * autem Principis ex-
traordinaria Legum vinculis ligata non est. l. Princeps. 31. ff. d. LL.
Secundum * potestatem extraordinariam Princeps jus tertio quæsi-
tum auferre potest. c. innotuit d. Elect. c. proposuit. d. concess. præbend.
Paul. d. Cast. consil. 178. col. 2. libr. 1. & consil. 18. l. 1. Alexand. consil.
2. n. 4. vol. 1. Principis * enim potestati nihil resistit, nulli subjecta
necessitati nullisque publici juris vinculis limitata est. Roland. &

Valle

Valle *consil.* 61. n. 32. vol. 3. & *consil.* 100. n. 57. cum *seqq.* vol. 4. Et * Princeps de potestatis plenitudine potest omnia, secundum jus, supra jus & contra jus, ut ait Baldus in *c. cum super x. d. caus. poss. & propriet.* & *consil.* 18. vol. 1. in 4. Ergo * etiam naturalem extantibus agnatis ad feudi successionem legitimare potis est: imprimis autem quod agnatorum jus vivente vasallo non in re, sed spe solum positum sit. Gail. 2. *observ.* 142. n. 14.

Sed * contrariam sententiam acriter defendit Hartmannus Pistorius, *lib.* 2. p. 2. q. 40. n. 28. & *seqq.* cujus argumentis & quidem præcipuis satisfacere operæ pretium erit. Primò * autem adducit Pistorius vulgatam illam juris Regulam: Id quod nostrum sine facto nostro ad alium transferri non potest; *l. id quod nostrum* 7. ff. d. R. I. ex * antecessorum autem facto tale jus quæsitum est agnatis, ut non à futuro solum dependeat eventu, sed ita etiam competat, ut hoc ipsis nullâ ratione diminui queat. Respondemus: * imò ex eventu dependere agnatorum jus: in spe ut dictum, non in re consistit illud. Spem * succedendi ex primi adquirentis providentia habent agnati, quæ spes non dicitur in bonis nostris esse, sicut nec jus hæreditatem adeundi. *l. pretia rerum* ff. ad L. Falcid. Et * deinde Princeps naturalem legitimando jus cognatis competens minimè aufert, sed suspendit duntaxat illud: cognati enim vel hæredes eorum ad feudi successionem aliquando venire possunt, cum feudum in familia maneat. Quapropter * cum agnatorum jus ab eventu solum dependeat, in spe consistat, non plenum sit, & sic jus quærendum, facilis à Principe tolli potest, quàm jus quæsitum. Gloss. communiter approbata in §. *naturales verb. legitimi* tit. 26. lib. 2. feudi.

2. Adducit * Pistorius *l. nec filio* 4. ff. d. nat. restit. ubi traditur: Principem filio Patroni invito libertum natalibus restituere non posse. Verùm * respondemus Pistorio: in *d. l. 4.* jus patroni filio plenè adquisitam fuisse; agitur enim ibi de casu mortui patroni, patris scil. quod certè Patroni jus per paternæ hæreditatis aditionem pleno jure filio adquisitum fuit. Ut * verò de casu mortui patroni intelligendus sit textus oppositus, hæc urget ratio; quod vivente patrono potius ejus, quàm filii consensus in natalium restitutione necessarius sit.

3. Argumentatur * Pistorius: Si Princeps filiam in agnatorum

- rum præjudicium investire non potest. *c. 1. d. feud. alien. &c.* neq; filium naturalem ad feudi successionem legitimum facere potis erit. Sed * à diversis argumentari Pistorium vel exinde constat : quòd, si filiam in masculino feudo investiret Princeps, naturam feudi hujus mutaret, quod Princeps facere nequit.
21. 4. Ait * Pistorius: agnatis tam firmum & certum jus in feudis adquisitum est, ut ne per alienationem eripi eis possit; *c. 1. d. alien. feud.* etsi alienatio Principis autoritate facta sit. Vicissim * respondemus: argumentum hoc à diversis petitum esse; hoc enim casu extra familiam alienaretur feudum, nostro verò in familia relinquitur: si enim absque legitima prole decesserit legitimatus, agnati proximiores ad feudi successionem admittuntur.
22. 5. Et * ultimò adfert Pistorius: quòd à Principe patre etiam consentiente legitimatus non succedat iis in bonis, de quibus pater liberam disponendi facultatem non habuerat: quod * exemplo fideicommissi patri & legitimis liberis relictì declarat Pistorius, putans per Principis rescriptum legitimatum à substituto excludi.
23. Sed * Pistorius dubium per æquè dubium probat: quòd enim substitutus hoc casu à legitimo excludatur, eruditè docet M. Anton. Peregrin. *d. fid. artic. 52. n. 135. & seqq.*
24. Et * hæc est communis Dd. opinio, teste insigni JC. Julio Claro *recept. sent. §. feud. q. 82. n. 1. & seqq.* eamque defendunt etiam Geil. *d. l. M. Anton. Peregrin. d. art. 52. n. 151.* Cardin. Tusch. *lit. P. concl. 669. n. 6.* Fachin. *8. controuv. 63.*
25. Cæterum * cùm non aliter uti debeat Princeps potestate extraordinariâ, nisi justa & legitima subsit causa atque Reipublicæ utilitas & necessitas hoc flagitent; ideòque Princeps, licet possit naturalem in agnatorum præjudicium legitimare, non tamen facere hoc debet, nisi justam & legitimam habeat causam: textus * est in *l. 2. ff. d. nat. restit.* ubi habetur; quod Principes non faciliè soleant quemquam naturalibus restituere, nisi consentiente Patrono. Geil. *d. obs. 142. n. 15.*
26. 27. 28. 29.

Controversia V.

*In Adscendentium successionem bonorum divisio
facienda non est.*

Sum-

Summaria.

Intricata hæc est controversia. n. 1.

Autor negativam ejus sententiam defendit. n. 2. 3. 4. 5.

Objectio ex l. 3. C. d. bon. qua liber, n. 6.

Solutio. n. 7.

Sententia nostra practica est. n. 8.

Quæstionis * est intricatæ, An in Adscendentium successione bonorum divisio facienda sit, ita ut in bonis paternis parentes paterni, in maternis verò materni succedant? Negativam * defendimus sententiam, quam luculenter satit probat textus in *Novell. 118. c. 2. vers. si autem plurimi &c.* ubi sanxit Justinianus: plurimos adscendentes proximos gradu, sive masculos sive fœminas, paternos sive maternos aliis remotioribus præponi. Et * postea in *versic. fin. autem &c.* subjicit idem Justinianus: si eundem gradum habeant adscendentes, ex æquo inter eos hæreditatem dividendam esse; ut medietatem omnes à patre adscendentes accipiant, quanticunq; fuerint; medietatem verò reliquam omnes à matre adscendentes, quantosq; eos inveniri contigerit. Ex * qua Justiniani constitutione evidenter constat: eum velle, ut inter adscendentes, paternos & maternos ex æquo dividatur hæreditas filii, sine liberis defuncti, neque ulla bonorum distinctio fieri debeat. Namque * generaliter & indistinctè loquitur Justinia. d. l. & utitur vocabulo *Hæreditatis*, quod omne jus defuncti complectitur.

Minimè * autem contrariatur l. 3. vers. *fin autem idem nepos C. d. bon. qua lib.* loquitur * enim extra terminos quæstionis nostræ, nimirum de casu, quando parentes dispares gradu existunt. Quam * opinionem nostram approbasse aliquando Dominus Camerales; refert Mynsingerus cent. 6. obs. 55. Add. D. Harppr. pr. h. t. n. 372. & seqq. tom. 3. D. Hunn. resolut. Treut. disput. 16. th. 4. q. 36.

Controversia VI.

Fratrum & sororum liberi soli in capita; non verò in stirpes succedunt.

Summaria.

Difficilis est hæc controversia. n. 1.

Autor Azonis sententiam sequitur. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9.

Objectio ex *Novell. 118. c. 3. n. 10.*

Responsio. n. 11. & 12.

Alia objectio. *ex d. c. 3. n. 13.*

Responsio. *n. 14.*

Tertia objectio. *ex d. c. 7. §. l. n. 15.*

Responsio. *n. 16. 17. & 18.*

Quarta objectio. *n. 19.*

Responsio. *n. 20. & 21.*

Azonis sententia Nova Caroli V. Imperat. constitutione confirmata est. *n. 22.*

1. **I**Ngens * inter Doctores hac de controversia conflictus est, quos Imagno numero recenset Dn. Harppr. *pr. h. t. n. 442. & seqq.*
2. Verissima * autem est Azonis sententia *in sum. Codic. d. legit. hered.* statuens: fratrum & sororum liberos solos (non extante scilicet patruo vel avunculo) in capita succedere. Et * liquidò satis probatur per *Nov. 118. c. 3. vers. sed & si & c.* ex quo capitulo evincitur: tunc demum in stirpes succedere fratrum & sororum liberos, quando cum propriis thiis concurrunt & repræsentationis jure succedere volūt. Vocula * enim *Tunc in d. versic.* posita ejus est vis & effectus: ut omnes alios casus excludat; *l. 4. in fin. ff. d. condit. & demonstr.* proinde etiam hunc, ubi fratrum & sororum liberi soli existunt. Quando * cum his concurrunt proprii thii, certè non aliter ad successionem admitti possunt, quàm repræsentationis jure, cùm patruus vel avunculus gradu proximior reperiatur; in stirpes igitur ad successionem admittuntur. Verùm * si soli sint fratrum & sororum liberi, non repræsentationis (quoniam proximior non reperitur) sed proprio jure, videlicet ut proximi agnati vel cognati successores sunt: hoc * enim casu repræsentationis beneficio sive privilegio minimè opus habent; quocirca in capita succedunt. Differentiæ * ratio inter casum utrumque manifesta est: si enim concurrunt cum propriis thiis fratrum & sororum liberi, fieri non potest, ut plus ex hereditate consequantur, quàm parens eorum, si viveret, consequeretur. Sed * ubi soli sunt & sic proprio succedunt jure, omnes æqualis sunt gradus; meritò igitur hereditas æqualiter inter eos dividi debet.
10. Non * obstat *in d. c. 3. vers. unde consequens. & c.* ubi tradit Justinianus: fratrum & sororum liberos patruos & avunculos ex vno latere junctos excludere: quod aliter fieri non potest quàm repræsentationis jure; cùm hi illis gradu proximiores sint. Respondetur * enim: hoc casu fratrum & sororum liberos cum propriis thiis concurrere: licet enim in ipsa hereditatis successione haud con-
- 11.

con-

concurrent; tamen in gradus prærogativa omnino concurrent: quippe * nam patrui in secundo fratrum liberi verò in tertio gradu constituti sunt, repræsentationis igitur jure maximè hîc opus est.

Nec * obstat *versic illud palam &c.* nam & hîc in gradus paritate concursus eorum contingit: cùm * omnes in tertio gradu existant.

Neque * obstat etiam *d. c. 3. §. 1.* ex quo erui posse videtur: fratrum & sororum nepotes omnes deinceps solùm in capita succedere. Etenim * vnius positio alterius exclusio non est, præsertim ubi eadem subest ratio; eandem * verò obtinere rationem fratrum vel sororum liberis existentibus, certum est: nam & hi gradu pares sunt & soli, æquè ac fratrum vel sororum nepotes. Idèd * autem nepotum solùm mentionem fecit Justinianus: quia in præcedentibus de liberis primi gradus egit satis & quidem ita, ut facilè intelligi possit, eos solos existentes in capita quoque succedere.

Denique * haud obstat: quòd nepotes avo in stirpes etiam succedant. Siquidem * diversa inter nepotes hosce & fratrum liberos obtinet ratio: parentes enim nepotum vivi quodammodo domini sunt rerum paternarum; quod * tamen de fratribus & sororibus haud dici potest. D. Harpp. *pr. h. t. d. l.* Cæterùm * hanc Azonis sententiam Gloriosissimus Imperator Carolus V. in Comitibus Spirensibus Anno 1529. expressè confirmavit, Mynsing. *cent. 3. obs. 94.* & Jus nostrum Würtembergicū acceptavit. Fürstlich Würtemberg. *ernewert Landrecht / fol. 506. §. So aber / c.*

Controversia VII.

Fratres & sorores ex uno solùm latere juncti absq; bonorum distinctione succedunt.

Summaria.

Fatribus & sororibus utrinque conjunctis non extantibus fratres & sorores ex uno latere juncti succedunt. n. 1.

Autoris sententia de hac controversia. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Quæ consuetudine recepta est. n. 9.

Eamque jus Würtembergicum sequitur. n. 10. & 11.

Post * fratres & sorores utrinque conjunctos fratres & sorores ex uno tantū latere juncti succedunt. Nov. 118. c. 3. *auth. post fratres C. d. legit. hered.* Sed * valdè controvertitur inter Interpretes

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

1.

2.

nostros, Num hîc ut quoque in adscendentium successione *contro-*
vers. 5. quæsitum, bonorum divisio facienda sit; ita ut consanguini
 3. nei in bonis paternis, uterini verò in bonis maternis solum succe-
 4. dant? Affirmativam * sententiam defendunt Dd. communiter,
 5. per l. 13. §. 2. C. d. legit. hered. Forster. d. succ. ab intest. pag. 339. Ve-
 6. rum * utcumque de jure veteri obtinuerit hæc bonorum distinctio;
 7. tamen ea hodiè jure Novissimo abrogata & sublata est. Novell.
 8. 118. c. 3. pr. vers. his autem non existentibus &c. Nam * in d. c. 3. in-
 9. distinctè & sine bonorum distinctione sanxit Justinianus: fratribus
 10. & sororibus ex utroque latere non existentibus, fratres & sorores
 11. ex uno tantum latere junctos, sive ex paterno sive ex materno ad de-
 12. functi hæreditatem vocari. Deinde * ex eadem d. c. 3. sanctione
 13. observandum: quòd fratres hi vel sorores ad hæreditatem vocen-
 14. tur, quæ universum jus quod defunctus habuit, complectitur. Si
 15. * igitur admittenda foret distinctio præfata, tum non ad universum
 16. jus fratres sororesque admitterentur; se ad quoddam jus & ad
 17. quoddam non jus, quod contradictionem inferret, individuum
 18. in plures partes secaret & finderet; cum * tamen quilibet pagan^o u-
 19. num tantum patrimonium habere & relinquere censeatur. l. Iuri-
 20. speritos 30. §. in fin. ff. d. excusat. tut. Quam * juris novi sanctionem
 21. consuetudine firmatam esse; tradit Dn. Varenbylerus p. m. inter Al-
 22. torf. consil. 16. Et * eam jus quoque Wirtembergicum per expressum
 23. confirmavit: Fürstlich Würtemb. Landrecht. fol. 529. §. Solte dann/te
 24. ubi Plebstius disput. 4. tb. 136. in not. lit. E. ita * scribit: Suffultus
 25. igitur robore tantorum virorum & armis tot Papinianorum, Scæ-
 26. volarum & Ulpianorum, &c. quorum judicio exacto & experien-
 27. tiâ exquisitâ jus Wirtembergicum revisum & renovatum fuit, non
 28. vereor scribere; bonorum hanc distinctionem non tam jure quam
 29. moribus & usu antiquatam ac abrogatam esse.

Controversia VIII.

*Inter adscendentes jus representationis locum
 non habet.*

Summaria.

Inter descendentes & collaterales in certo casu jus representationis admitti-
 tur. n. 1.

Negativa controversiæ hujus sententia firmatur. n. 2. usque ad n. II. inclam.
 Opposi-

Oppositio ex natura correlatorum desumpta. n. 12.

Responsio, n. 13. 14. 15. & 16.

INter * descendentes & collaterales locum habere jus repræ-
sentationis, de jure omnino certum est. *Novell. 118. c. 1. §. cum fi-*
lius 6. h. t. Sed * an idem repræsentationis jus inter adscendentes
quoque obtineat; à quibusdam Dd. controversum factum est. Ve-
rùm * inter adscendentes hoc jus non obtinere, nos pro indubi-
tato habemus. Nam * jus repræsentationis exorbitans est à jure
communi & etiam à naturali ratione, secundum quam proximior
gradu remotiorem excludit. Sicut * enim jus civile, ita etiam jus
naturale hæreditatem gradu proximioribus defert: & * si remo-
tiores ad successionem admitterentur, id cum proximiorum inju-
ria & detrimento fieret. Inter * descendentes quidem & collate-
rales in certis casibus ex singulari privilegio admisum est hoc jus
repræsentationis, non tamen illud ad casus in jure non expressos
producendum est: quod * enim contra juris rationem est rece-
ptum, hoc ad consequentias non esse producendum; responsum est
in l. quod verò 14. ff. d. LL. Vnde * jus hoc inter solos descendentes
& illos collaterales admittitur, quorum fratrum vel sororum libe-
ri cum propriis thiis concurrunt & illis succedere volunt. Ex * qui-
bus omnino consequitur, jus hoc repræsentationis inter adscenden-
tes locum non habere. Quod * & expressè comprobatur *Novell. 118.*
c. 2. ubi constituit Justinianus Imperator, quòd, si plurimi adscen-
dentum seu defuncti parentum supersint, ii præponi debeant, qui
gradu proximiores reperiuntur. Et * tum demum admittuntur
parentes, si eundem gradum habeant. *d. Novell. 115. cap. 1. versic. si*
autem, &c.

Non * obstat verò: quòd in uno correlatorum constitutum
in altero quoque correlatorum constitutum censeatur. Etenim *
argumentum hoc à correlatis tum demum procedit, quando diversa
ratio non est inter correlata. Atquin * diversa ratio est inter adscen-
dentes & descendentes: nam de naturæ ordine descendentes in ad-
scendentium locum subintrant; non verò adscendentes in locum
descendentium. Et * deinde descendentes magis debetur hære-
ditas, quàm adscendentibus: siquidem illis naturalis ratio, tan-
quam lex quædam tacita parentum hæreditatem addicit. *l. cum ra-*
tio 7. ff. d. bon. damnat. Et * parentes ad bona liberorum ratio mise-

rationis admittit; liberos naturæ simul & parentum commune votum: veluti eleganter responsum est à Papiniano J.C. in l. scripto 7. ff. si tabul. testament. null. ex tab.

Controversia IX.

Jus representationis in feudis obtinet.

Summaria.

Fundamentum hujus opinionis. n. 1. 2. & 3.

Quæ ex jure quoque Civili probari posset. n. 4. & 5.

1. **N**on * adeò magnam difficultatem habere videtur, An jus re-
2. præsentationis in feudis locum habeat: siquidem * tit. 8. pr.
3. libr. feudor. expressè scribit Feudista: quòd, si quis decesserit filiis
4. & filialibus superstitibus, succedant tantum filii æqualiter, vel ne-
5. potes ex filio loco sui patris. Ubi * representationis jus manifestè sa-
6. tis stabilitur.

7. Etiam si * etiam nullum haberemus juris feudalis textum; ta-
8. men sententia hæc nostra obtineret: quidquid enim in jure feudali
9. expressè decisum non est; id ex jure civili dicendum. c. 1. libr. 2.
10. feud. versic. strenuus. Atquin * de jure civili representationis jus ob-
11. tinere, indubium est & in præced. controvers. probatum. Ludolph.
12. Schra. d. feud. p. 7. c. 5. n. 41. Treut. p. 2. disp. 16. th. 1. lit. A. ibiq. Hunn. q. 13.

Controversia X.

Cognatorum successio ultra decimum gradum non extenditur.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Quæ statuto Wirtembergico comprobata est. n. 6.

Obiectio ex l. 2. §. 1. ff. d. suis & legit. hered. n. 7.

Solutio. n. 8. & 9.

Obiectio. ex §. ceterum instit. d. legit. agnat. success. n. 10.

Solutio. n. 12.

Obiectio ex Novell. 113. c. 3. §. 1. n. 13.

Solutio. n. 14.

Sententia nostra communis est. n. 15.

1. **A**N in infinitum succedant cognati, quæstionis est dubiæ? Ad *
2. decimum usque gradum inclusivè succedere eos statuimus.
3. §. fin. Instit. d. succ. cognat. in quo agnatorum successio ad decimum
4. cognate-

cognatorum verò ad sextum gradum restringitur; cum * igitur agnatorum & cognatorum differentia sublata sit hodiè, *Novell. 118.* indistinctè dicendum, tam agnatorum quàm cognatorum successionem in decimo gradu limitatam esse.

Neque * est ut regerat quis *in d. §. fin.* decimi gradus exempli solum causâ mentionem fieri: hoc * enim certum, in cognatorum successione *in d. §. fin.* sextum gradum ut terminum proponi; proinde in agnatorum successione decimum etiam gradum ut terminum proponi, omninò probabile est, quò videlicet proportio inter agnatorum & cognatorum successionem servetur. Sententiæ * nostræ ratio est solida: quòd non facilè, ut inquit J.C. Marcianus *in l. non facile 4. pr. ff. d. grad. & ad fin.* cum de naturali cognitione quæritur septimum gradum quis excedat, quatenus ultra eum ferè gradum rerum natura cognatorum vitam consistere non patitur. Et * sic etiam in jure Würtemb. sancitum extat. *Sürst. Würtemb. Landrecht. fol. 529. ibiq; Dn. Plebst. disput. 4. th. 171.*

Porro * haud evertit sententiam hanc *l. 2. §. 1. ff. d. suis & legit.* Nam * legem dubiam ex alia lege clariori & specialiori explicare convenit; quia itaque *in d. §. fin.* agnatorum successio decimo gradu circumscribitur & determinatur, *Infinitum in d. l. 2.* de decimo gradu intelligendum est: cum decimus numerus haud exiguus reputetur. Quamvis * verò explicatio hæc duriter sonare videatur, tamen vera est: novum * enim non est Icc. largiùs in legibus interdum loqui, quod etiam *in d. l. 2.* factum est.

Similiter * non elidit sententiam nostram *§. ceterùm instit. d. legit. agnat. succ.* ubi succedere dicuntur agnati, etsi longissimo sint gradu: satis * longus enim est decimus gradus, ut ideò *§. hic de decimo gradu* intelligi debeat.

Minus * verò opinioni nostræ contraria est. *Novell. 118. c. 3. §. 1.* in qua sancit Iustinianus: fratribus & sororibus eorumq; liberis non extantibus, omnes deinceps à latere cognatos ad hæreditatem vocari: quippe * optimè *§. ille in decimo gradu* verificari potest. Ita * sentiunt Dd. communiter Gail. 2. *obs. 150. n. 1.* Schurff. *d. succ. ab intest. tit. 12. reg. 3.* communiterq; receptum est, Schneidev. *Instit. d. collater. succ. n. 38.* eandemque opinionem defendunt D. Vultej. *pr. h. t. n. 51.* Hart. *ab Eppin. obs. tit. 34. obs. 1. n. 4. & tit. 43.*

obs. 1. n. 2 & seqq. & tit. 54. obs. 15. n. 2.

Contro-

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

Controversia XI.

Conjux conjugem interficiens successione ejus privatur.

Summaria.

L. 12. Tabular. conjuges ad successionem alterutrius non admittebantur. n. 1.

Postea Prætor æquitate motus eos ad bonorum possessionem unde vir & uxor admisit. n. 2.

Hodie secundum statuta locorum vna cum liberis ad successionem admittuntur. n. 3.

Controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.

Hæreditas occisi conjugis non ad Fiscum, sed ad proximiores hæredes devolvitur. n. 11.

1. **C**onjuges * olim ex *L. 12. Tabular.* sibi invicem non succedebant; cum non essent liberi neque agnati; sed * tamen Prætor eos ex æquitate ad bonorum possessionem admisit, unde vir & uxor. *l. unic. ff. unde vir & ux.* Hodie * verò passim secundum statuta locorum vna cum liberis sibi invicem succedunt conjuges.
2. Vnde * quæritur, quòd, si vel maritus uxorem, vel vice versà uxor maritum occiderit, an occidens ad occisi successionem admittatur?
3. Quod certè negandum erit: regula * namque est generalis: quòd is, qui alium occiderit, occiso neque ex testamento neque ab intestato succedere possit. Nemo * enim ex suo delicto præmium aliquod reportare debet *l. si ab hostibus 10. §. si vir. ff. solut. matrim. l. relegatorum 7. in fin. ff. d. interdict. & relegat.* Quod * in tantum verum est; licet conjux justam causam habere videatur: veluti si maritus uxorem in adulterio deprehensam occiderit, & tamen succedere non possit. Quamvis * enim difficillimum sit; justum dolorem temperare, *l. si adulterium cum incestu 38. §. Imperatores l. nec in ea 22. in fin. & seqq. ff. ad L. Iul. d. adulter.*; tamen homicidium ejusmodi pœnâ mitiori extraordinariâ puniendum est. *l. Gracchus. 4. C. eod. tit.* Inhonestum * sanè videretur, eum qui de crimine uxoris ipse sibi propriâ auctoritate vindictam sumpsit, lucrum aliquod exinde consequi. *Jul. Clar. in pract. crimin. §. homicid. n. 22. versic. sed quid si maritus Schneidevvin. d. success. ab intest. n. 24. Grass. in §. successio ab intestato q. 38. n. 4. Treutler. p. 2. disput. 19. th. ult. lit. A.*

Cæterum

Cæterum * tali casu non ad Fiscum, sed ad hæredes vxoris occisæ devolvi hæreditatem ejus, rectè statuunt Clarus. *d.l. & Tiber. Decian. respons. 85. n. 7. vol. 3.*

10.

Controversia XII.

Statutum de mutua conjugum successione disponens, sponsalibus de præsentì celebratis, locum non habet.

Summaria.

Intricata est hæc controversia. n. 1.

Secundum juris Civilis dispositionem affirmativa ejus sententia vera videtur. n. 2. & 3.

Secundum juris Canonici verò præscriptum & consuetudinem vniuersalem negativa verior est. n. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.

Negativa sententia statuto Wirtembergico comprobata est. n. 13.

Quomodo statutum illud Wirtembergicum intelligendum sit. n. 14. & 15.

Sententia nostra de consuetudine vniuersali observatur. n. 16.

ITa * intricata est controversia hæc, ut Mynsingerus *cent. 6. obs. 178.* nil certi responderit; sed decisionem ejus Imperatoriæ & Pragmaticæ sanctioni reliquerit. Certè * si rem ex juris civili; principiis metiri velimus, dicendum videtur, sponsum & sponsam de præsentì mutuum successionis jus habere. Nam * secundum juris civilis tenorem sponsalia de præsentì verum sunt matrimonium. *l. nuptias 30. ff. d. R. I. Dn. Harppr. ad pr. h. t. n. 492. & seqq.* Ast * cum hodie ex juris Canonici præscripto & consuetudine totius orbis Christiani vniuersali ad legitimum matrimonium sacerdotalis benedictio præcisè accedere debeat; negativa sententia verior est. Etenim * sententiam hanc non parùm adjuvat hæc ratio: quòd statuta strictam admittant interpretationem. Sed * propriè & accuratè loquendo sponsalia de præsentì, propter dictum juris Canonici præscriptum ante benedictionem sacerdotalem matrimonium non sunt. Quamvis * enim & hodie ante benedictionem sacerdotalem pro vero matrimonio reputentur; tamen hoc non simpliciter, sed cum modo suo & sensu intelligendum est. Vinculi * ratione verum sunt matrimonium sponsalia isthæc, nimirum ad certos duntaxat juris effectus. Vt * quòd sponsus & sponsa separari amplius non possint, nisi iis in casibus, quibus veri

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

- conjuges separare queunt : quòd à sponso & sponfa æquè committatur adulterium atq; à viro & vxore, & qui similes sunt effectus.
10. Verùm * consummationis intuitu verum matrimonium non sunt
 11. sponsalia de præsenti; cùm * tamen statutum de mutua conjugum
 12. successione idèd introductum censeatur, ut sponsus & sponfa eo
 proniores sint ad matrimonium consummandum. Quapropter *
 cùm hodie ante benedictionem sacerdotalem & matrimonii consummationem propriè & reverà matrimonium non sint sponsalia de præsenti, sed secundùm quid solùm, concludendum; statutum super conjugum successione disponens de sponsalibus de præsenti exaudiendum non esse. Et * hoc quoque in statutis Würtemb. constitutum est. Dann nach Fürstlichem Würtembergischem Landrecht / erben die verlobte einander nicht / wann sie nicht nach gehaltenem Kirchgang / allberait zu ehlichem Baylager kommen / vund die Deckin beschlagen haben. Fürstl. Landr. fol. 430. & seqq. Quæ * verba tamen Besoldus ibi disput. 4. th. 6. non de copula carnali, sed solenni more in fine primi diei nuptiarum usitato cum Boërio decis. 22. numer. 33. intelligit : nimirum * propter difficilem & minus honestam copulæ probationem.
15. Cæterùm * opinionem nostram non solùm multorum loco-
 16. rum speciali, * sed etiam yniversalì consuetudine observari; notat idem Boërius d. l. Eamque tuetur quoque Schneidevvinus instit. d. conj. succ. n. 19. & seqq. D. Wilhelm. Anton. in tract. d. rescript. morat. in corollar. ex jur. commun. sect. 2. cor. 2.

Controversia XII I.

In suis heredibus successorium Edictum locum non habet.

Summaria.

- De successorio Edicto, quale fuerit. n. 1. & 2.
 Quare successorium vocatum. n. 3.
 Successorium Edictum in agnatis indubiè obtinebat. n. 4.
 An in suis obtinuerit, controversum est. n. 5.
 Autor negativam defendit sententiam. n. 6. 7. 8. 9. & 10.
 Objectio. n. 11. & 12.
 Solutio. n. 13. & 14.
 Objectio ex l. 6. C. d. legit. hered. n. 15.

Solutio

Solutio. n. 16. & 17.

Alia obiectio. n. 19.

Solutio. n. 20.

CUm * *L. 12. Tabular.* à successionis ordine omnis legitimorum successio exclusa esset; *l. 2. ff. d. suis & legit. hered. Ulpianus. tit. 26. Paul. sentent. libr. 4. §. placebat. 7. instit. d. legitim. agnat. success. l. si ex pluribus ff. d. suis & legit. hered.* Prætor * huic rei remedium quærens successorium Edictum introduxit, quo proximioribus non existentibus vel abstinentibus hæreditate illis, qui post eos gradu proximiores reperiebantur, bonorum possessionem pollicebatur: quod * idè successorium vocabatur: quoniam Prætor ordinem ordini, gradum gradui & personam personæ substituebat. Quod * sanè Edictum in legitimis hæredibus agnatis scilicet indubiè obtinebat; An * verò in suis hæredibus obtinuerit, ut quando suis deficientibus vel abstinentibus nepos succedere volebat: de eo inter Interpretes controvertitur. Nos * hîc negativam sententiam sequimur: quam probat, quòd in suis successio non sit. *l. 1. §. sciendum est 8. ff. d. suis & legit. hered.* ubi respondit Ulpianus JC. quòd nepotes & omnes deinceps interdum, etiamsi parentes eos præcesserint, tamen possint sui hæredes existere, quamvis successio in suis hæredibus non sit. Deinde * eandem sententiam confirmat illa ratio: quòd pater nepotem præcesserit, qui suus fuit. *§. ita tamen instit. d. succession. quæ ab intestat. deferunt.* Proinde * etiamsi moriatur pater, vel abstineat hæreditate avitâ, tamen nepos suus fieri non potest: qui * enim semel factus fuit hæres, perpetuò manet hæres; *l. ait Prætor alius §. sed quod Papinianus in fin. ff. d. minor. l. ei qui solvendo ff. d. hered. instit.* Ideoque * sicut per naturam fieri non potest, ut nepos filius fiat in primo gradu; ita nec fieri poterit, ut suus hæres fiat.

Cui * non obstat; quòd ex *L. 12. Tabular.* sui agnati dicantur; *l. Iurisconsultus 10. §. proximiores 3. ff. d. grad. & affin.* inter * agnatos verò successorium Edictum locum habeat. *§. placebat 8. instit. d. hered. quæ ab intestat. deferunt.* Etenim * *d. L. 12. Tabular.* de agnato expressè loquebatur, qui è numero liberorum non erat; itaq; * *d. §. 7. de agnato* istiusmodi intelligendus erit.

Non * obstat etiam *l. defunctis 6. C. d. legit. hered.* ubi rescripserunt Diocletianus & Maximianus Imperatores: suis extantibus

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16. hæredibus vel repudiantibus hæreditatem fratrem jure consanguinitatis succedere posse. Etenim * admittitur quidem hoc casu nepos; non tamen ex successorio Edicto tanquam suus, quod ibi non dicitur. Quare * dicendum, secundum *d.l.6.* nepotem instar filii emancipati ex capite *unde liberi* à Prætore ad successionem admitti.
17. *l.1. & 2. ff. unde liber.* Neque * enim efficere potuit Prætor, ut nepos quem pater præcessit & qui in potestate avi mortis tempore fuit, suus fieret. Cujac. *libr.4. obs 6.*
18. Sed * nec obstat : quod sic melioris conditionis sint agnati quàm sui : in illis enim successorium Edictum locum habet. Etiamli * namque ex successorio Edicto non vocetur nepos, tamen ex alio capite nimirum, *unde liberi*, sicut dictum est, ad successionem avi admittitur, ut sic agnati hætenus melioris esse conditionis suis non videantur. Add. Harppr. *ad d. §. 7. & Humm. variar. resolut. libr. 3. tract. 1. q. 9.*
- 19.
- 20.

Controversia XIV.

Bonorum possessio non solum possessionem, sed etiam dominium ipsum sive proprietatem tribuit.

Summaria.

De bonorum possessione, quam Prætor decernebat de juris Civilis rigore ab hæreditate exclusis. *n.1.*
 Quæ proprietatis dominium tribuebat. *n.2. & 3.*
 Objectio ex princip. *instit. d. bonor. possess. n. 7.*
 Solutio *n.8. & 9.*

1. Illis * qui *L.12. Tabular.* & jure civili à successionem repellebantur, Prætor, qui æquitatem ante oculos habere & juris civilis rigorem mitigare solet, bonorum possessionem decernebat, veluti
2. *unde liberi, unde agnati, unde cognati, unde vir & uxor.* Hinc * controvertitur inter Dd. An possessio hæc dominium proprietatis, an
3. verò dominium possessionis tribuat. Nos * proprietatis dominium esse statuimus, si effectuum & rem ipsam ponderare velimus.
4. Quod * expressè probat *l.1. ff. d. bonor. possess.* ubi respuodit Ulpianus Bonorum possessionem commoda & incommoda hæreditaria, itemque dominium rerum, quæ in his bonis sunt, tribuere Et * in
5. *L. bona*

l. bona autem 3. eod. tit. idem Ulpianus tradit: quod bonorum posses-
siores vice hæredum habeantur. Sicut * igitur hæredes domi-
nium proprietatis consequuntur; ita etiam bonorum possesores.

Neque * adversatur *pr. instit. d. bonor. possess.* ubi traditur: quod
Prætor hæredem facere non possit, per legem enim tantum, vel si-
milē juris constitutionem hæredes fiant: veluti per Senatusconsulta
& constitutiones Principales; sed cum Prætor eis dat bonorum
possessionem, loco hæredum constituantur. Etenim * respon-
detur: quod quidem Prætor hæredem & dominum directè non fa-
ciat, sed tamen indirectè: quoniam juri civili apertè derogare non
potest, sed tantum per circumductionem aliquam; verumtamen
* dominium hoc quod confert prætor, in effectu & re ipsa non dif-
fert à dominio isto, quod jus civile hæredi tribuit, sed tantum ratio-
ne modi illud conferendi. Donell. 6. comment. jur. civil. c. 2. & 7.
c. 14. ubi Hilliger varias interpretationis recenset. Johann. Robert.
3. animadvers. c. 9. Anton. Contius in libr. singular. d. heredit. que ab
intestat. defer. Hunn. in resolut. ad Treutler. p. 2. disp. 16. d. th. 1. lit. B. q. 4.
Wesenb. in æ. ff. d. bonor. possess. n. 1. & 2.

Additamentum I.

*Statuto introduci potest, ut fratres exclusis so-
roribus ad parentum successionem admitti
debeant.*

Summaria.

Justinianus jus antiquum, differentiam inter sexum faciens, quod ad jus suc-
cessionis hodie substituit. n. 1.

Affirmativa controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.

Obiectio n. 11.

Solutio. n. 12. 13. 14. & 15.

Antiquitus * soli filii succedebant parentibus suis filiabus ex-
clusis: quod deinde Justinianus Imperator non solum ini-
quum, sed & Naturæ contrarium esse judicans, correxit & diffe-
rentiam hanc inter masculos & fœminas sustulit, eosque æquali
jure ad parentum suorum successionem admisit. §. *vetustas 15. h. t. l.*
maximum vitium 4. C. d. liber. præterit. l. pen. C. d. legit. hæred. An *
verò jus hoc antiquum statuto reproduci & denuò introduci possit:

- ut soli filii, filialibus exclusis, parentibus succedere debeant; de hoc sanè valdè dubitari posset. Ubi * nos affirmativam amplectimur sententiam. Quicquid * enim lege potuit constitui, illud quoq; statuto poterit introduci. *arg. l. omnes populi g. d. justit. & jur.* Atquin * hoc lege antiquitus potuit constitui, ut soli masculi succederent suis parentibus. Ergò * etiam statuto hoc poterit introduci. Deinde * sententiam hanc optimè confirmat: quòd idem de jure Divino constitutum reperiatur. *Num. 27. v. 8.* ubi filiis extantibus foeminae non admittebantur. Quod * sanè statutum rationi maximè conveniens est: siquidè eo in Republica familiae conservantur. Sed * verò interest Reipublicae quàm plurimum, familias praesertim Nobiles conservari. Unde * etiam de jure feudali ad feudi successionem soli fratres admittuntur: & * de hodierna consuetudine inter Nobiles familias obtinuit: ut foeminae dote congruà acceptà omni paternae & fraternae hereditati juramento interpolito renuncient.
12. Cui * sententiae adversum non est: quòd Justinianus Imperator iniquum & jure naturae contrarium esse judicaverit: differentiam aliquam quò ad successionis jus inter masculos & foeminas constituere. Etenim * Justinianus in suprà citatis legibus ad sua respexit tempora, quibus hoc ei iniquum & naturae contrarium esse visum fuit. Possunt * verò dari tempora, quibus pro ratione circumstantiarum de novo emergentium id, quod ante iniquum fuit, æquum fiat; idèdque leges pro utilitate & necessitate Reipublicae mutari solent. Non * solùm enim in legum sanctione & emendatione naturalis ratio, sed & publicum bonum considerari debet: siquidem * jus est ars æqui ac boni. Bartol. *in l. fin. ff. ad Sc. Trebellian.* Joh. Plat. *in §. eadem h. t. n. 20.* Treutler. *p. 2. disputat. 16. th. 1. lit. D. ibique Hunn.*
- 13.
- 14.
- 15.
- 16.

Additamentum. II.

Differentia inter suos & emancipatos hodie quò ad successionis jus sublata est.

Summaria.

Ex L. 12. Tabular. emancipati non succedebant. *n. 1.*

Prætor tamen eos ad bonorum possessionem unde liberi vocabat. *n. 2. & 3.*

Quod emendavit Justinianus in *Novell. 118. c. 4. n. 4.*

Differen-

Differentia inter suos & emancipatos quò ad jus successionis solùm sublata est. n. 5. & 6.

Hodiè tamen tota hæc differentia jejuna penè & inanis videtur. n. 7.

DE * jure civili ex L. 12. Tabular. olim emancipati jus successionis non habebant: quoniam sui hæredes non erant: quippe in potestate defuncti non existerant. Sed * Prætor iis per bonorum possessionem unde liberi succurrebat & ad successionem vocabat. §. emancipati 9. h. t. Quod * postea Justinianus Imperator in melius emendavit, in Nov. 115. c. 4. ita ut hodiè non de jure Prætorio, sed de jure civili & Imperatoria constitutione ad parentum successionem cum suis æqualiter admittantur. Cùm * etiam omnis differentia agnatorum & cognatorum sublata sit hodie, per d. Novell. 118. c. 4. iniquum certè & absurdum esset: si agnati & cognati deterioris essent conditionis liberis.

Non * tamen existimandum hîc est: omnem differentiam inter suos & emancipatos sublatam esse hodie: siquidem * quò ad jus successionis solùm sublata est differentia ista; aliàs verò subsistit adhuc: sicut enim suus olim, ita & hodie ipso jure hæres est; emancipatus verò adire hæreditatem necesse habet. §. sui autem hæredes 3. h. t. Harpprecht. ad d. §. 9. h. t. n. 4. & 5. Hunn. in resolut. ad Treutler. p. 2. disput. 16. th. 1. q. 7.

Cæterum * nostrâ ætate, cum vix umbra supersit patriæ potestatis, totam hanc differentiam jejunam penè & inanem videri; tradit Bachovius ad d. §. 9. circ. fin.

De OBLIGATIONIBUS.

TITULUS XIV.

Controversia I.

Obligatio ad res referenda est.

Summaria.

De tribus objectis juris. n. 1.

Methodus Justiniani Imperatoris in institutionibus. n. 2. 3. & 4.

Interpretum quorundam, obligationes ad personarum classem referentium, sententia. n. 5.

Quorum

Quorum opinio rejicitur & Autoris stabilitur. n. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

Adversariorum argumentum. n. 12.

Refutatio. n. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.

Autoris argumentatio pro stabilienda sententia sua. n. 21. 22. & 23.

Interpretum quorundam opinio obligationes ad actiones referentium. n. 24.

Refutatio. n. 25. 26. & 27.

1. Justinianus * Imperator in §. fin. instit. d. justit. & jur. secutus Gajum JC. in l. 1. d. stat. homin. tria objecta juris constituit: quod scil. omne jus, quo utimur, vel ad personas pertineat, vel ad res, vel ad actiones. Cui * deinde statim in subseqq. tit. personarum tractatum subjicit & de jure personarum earumque conditione & statu agit: quem tractatum usque ad tit. 1. libr. 2. instit. continuat: ubi sicut & in seqq. tit. de rebus & earum adquirendo dominio agit. In
- 2.
3. * tit. seq. 2. res dividit Imperator: quod vel corporales sint vel incorporales: & deinde statim de servitutibus tanquam incorporalibus rebus agit; in seqq. verò tit. rerum acquisitionem continuat & modos tractat, quibus unaquæque res adquiratur: veluti in tit. d. usucap. d. donat. d. testament. d. legat. de fideicommiss. de codicill. & tit. d. success. qua ab intest. deferunt. Explicatâ * autem rerum corporalium & incorporalium materiâ & modis earum adquirendi dominia, Justinianus utilem & frequentem obligationum materiam aggreditur & persequitur, atque ita totum rerum tractatum dominio & obligatione absolvit.
- 4.

5. Quam * elegantem Justiniani Imperatoris methodum temerè carpunt quidam Interpretum, obligationum materiam ad personarum materiam referentium inter quos est Lortotus d. jur. art. tract. 17. d. pact. axiomat. 2. Vultejus ad pr. h. t. n. 5. libr. 1. disceptat. scholastic. c. 4. & c. 6. & libr. 1. jurisprudent. Roman. c. 26. huncque secutus Antonius Matth. disp. 1. d. princip. jur. th. 27. & seqq. Verùm * pessimè faciunt hoc Interpretes isti: quod principia juris nostri temerè evertere conentur & in re ipsa tamen toto aberrant cælo. Et enim * quando de jure personarum agitur in jure nostro, tum agitur de conditione & statu earum: an liberi sint an servi, an sui juris an alieno juri subjecti; quod obligationum jura nullo modo referri possunt. Proinde * ad rerum & quidem incorporalium classem à Justiniano rectissimè referuntur obligationes, in d. §. 2. instit. d. reb. corporal. & incorporal. ubi * ait Imperator: incorporeales res esse, quæ tangi non possunt, qualia sunt ea, quæ in jure consistunt:
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.

sicut

sicut hæreditas, ususfructus, usus & obligationes quoque modo contractæ. Ubi simul objectionem sibi movet Imperator, quam deinde ita removet: quòd, licet in hæreditate res corporales contineantur; tamen ipsum jus hæreditatis, & ipsum jus utendi, fruendi & ipsum jus obligationis incorporale sit.

Quæ * verba Justiniani Imperatoris tam perspicua sunt & ita incurrunt in sensus, ut dupondius etiam rem hanc percipere & assequi valeat. Nimirum * novitatis & subtilitatis affectatæ studium magnos etiam viros in crassos & vanos errores præcipitavit, ut in re manifesta non videre, sed cæcutire malint, quam veritati adhærere.

Videbimus * autem argumentum Vulteji à Matthæo *d. th. 28.* ita formatum: De rebus nihil intrat in substantiam obligationis. *l. obligationum 3. ff. d. O. & A.* Ad rem itaque obligatio non pertinet. Si ad rem obligatio pertinet, pertinebit aut ad rem acquirendam aut ad obligandam. Sed neque ad rem acquirendam, *d. l. 3.* neque ad rem obligandam: persona enim obligatur non res. *d. l. 3. & pr. h. t.* Ergò ad rem non pertinet. Verùm * respondetur ad hoc argumentum: quòd, licet obligationum substantia in hoc non consistat, ut aliquod corpus nostrum faciat; tamen in hoc consistat, ut alium obstringat nobis ad dandum aliquid vel faciendum, vel præstandũ. *d. l. 3.* Cujus legis * hic est sensus: quòd scil. obligationib⁹ non transferantur dominia rerum, sed traditionibus; *l. non nudis 20. C. d. pact.* itaque * licet obligationibus dominia rerum non transferantur, tamen res vel factum in obligationem semper & necessariò deducatur, ut hætenus res vel factum de substantia obligationis esse videatur: quod sufficit, ut rebus adnumerari possit obligatio: sicut * enim dominium est jus in re, ita obligatio jus ad rem. Vel * rectiùs respondetur ad hoc argumentum: non eâ ratione rebus adnumerari obligationem, quâtenus res in eam deducatur vel quâtenus aliquod corpus nostrum faciat (aliàs enim rebus corporalibus adnumeranda esset) sed quâtenus jus sit obligatio: quod * expressè satis indicat Justinianus *in d. §. 2.* Quòd * verò jus sit obligatio, nemo nisi stolidus negat. Ergò * est res incorporalis: nam jura rebus incorporalibus accensentur: qui hoc principium negat, is & multa alia principia negat. Unde * nos tale formamus argumentum: Omne jus est res incorporalis. Atquin obligatio est jus.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21

22. Ergo est res incorporalis. Major propositio probatione opus non habet, sicut nec Minor. Unde * ulterius & specialius argumentamur: Si obligatio est res incorporalis; sequitur quod rebus rectissime adnumeretur. Atquin obligatio est res incorporalis. Ergo rebus rectissime adnumeratur. Connexio majoris propositionis est evidentissima. Pudet * nos in re tam manifesta nec difficili argumentum ejusmodi extruere cogi.

23. Caterum * alii sunt, qui obligationes ad actiones referunt, qui non minus quam illi crasè quoque errant. Nam * aliud est obligatio, aliud verò est actio: sicut aliud est causa aliud effectus: ex obligatione tanquam causa oritur actio tanquam effectus. Sicut * igitur neque causa est effectus, neque effectus causa; ita quoque neque obligatio est actio, neque actio obligatio; & per consequens obligatio hactenus ad actiones referri non debet. Ex * quo apparet, argumentum quod adducunt novatores isti, quod sc. obligatio mater sit obligationis, pro nobis potius quam pro illis concludere. Addat. Osvald. Hillig. in Donell. enucl. lib. 12. c. 1. lit. A. Valent. Riemer. dec. ad. 9. q. 1. Harppr. ad d. pr. h. t. n. 2. 3. & 4. ibidemq. Bachov.

Controversia II.

Definitio obligationis in pr. h. t. Naturali obligationi non convenit.

Summaria.

Obligationis definitio. n. 1.

Quæ de civili obligatione accipienda est. n. 2. 3. 4. 5. & 6.

Objectio ex l. 10. ff. d. O. & A. & ex l. 10. §. 4. ff. d. fidejuss. n. 7.

Solutio. n. 8. 9. 10. & 11.

1. **D**efinitur * obligatio: in pr. h. t. quod sit juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ Civitatis jura. Quæ * definitio de civili obligatione rectius accipitur & intelligitur. Nam * aliter definitur naturalis obligatio in l. Stichum aut Pamphilum 95. §. naturalis 4. ff. d. solut. l. juris Gentium 7. §. sed cum nulla 4. ff. d. pact. l. sed si paterfamilias 9. §. ult. & l. seq. ff. ad Sct. Macedon. in quibus textibus naturalis obligatio est: ex quo nulla datur actio, sed quæ solo æquitatis naturalis vinculo

culo sustinetur. Unde * apparet: naturalem hanc obligationem *in d. pr. h. t.* non definiri. Quomodo * enim dici potest: naturaliter obligatum solvendi necessitate adstringi: cum obligatio ejus solo naturali vinculo sustineatur: pudore * rei relinquitur, num solvere velit nec ne, nulla actio adversus eum datur omneque judicis officium & imperium cessat.

Neque * obstat *l. naturales 10. ff. d. O. & A. l. fidejussor 10. §. naturales 4. ff. d. fidejuss.* in quibus textibus traditur: naturales obligationes non eo solo aestimari, si actio aliqua earum nomine competat, verum etiam si pecunia soluta repeti non possit. Etenim * non ideo denegatur repetitio debiti naturalis soluti, quasi efficaciter tenuerit obligatio, sed quia novus consensus in solutione accessit, qui duplex consensus facere videtur, ut condictio locum non habeat. Unde * etiam *in d. §. naturales* subjicitur: quod licet naturales debitores minus proprie debere dicantur, tamen per abusionem intelligi possint debitores. Atquin * proprie accipienda & intelligenda est definitio. Ergo * naturalis obligatio definitionem obligationis *in d. pr. h. t.* traditam ingredi non poterit. Vultej. *ad d. pr. n. 20. Harppr. ibidem n. 24.*

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR obligatio.

TITULUS XV.

Controversia I.

Africanus JC. *in l. qui negotia 34. ff. mandat.* non dissentit ab Vlpiano JC. *in l. singularia 15. ff. d. reb. credit.*

Summaria.

Casus *in l. singularia 15. ff. d. reb. credit.* propositus. n. 1. & 2.
 Casus *in l. qui negotia 34. ff. mandat.* propositus. n. 3. 4. 5. & 6.
 Africanus & Vlpianus inter se dissentire videntur. n. 7. & 8.
 Conciliatio. n. 9. & seqq. usque ad fin.

- Ulpianus * in d. l. singularia 15. ff. d. reb. credit. hunc proponit & decidit casum: si debitorem meum jussero Titio pecuniam dare, Titius obligatus est mihi, quamvis nummos à debitore meo non acceperit. Quod * responsum extendit Ulpianus ad eum etiam casum: quando Titius ex causa mandati (ut si pecuniam à debitore meo exegisset) pecuniam mihi debet & convenit, ut crediti nomine eam retineat: quo sanè casu videatur, pecunia à me ad Titium profecta esse. Africanus * verò in d. l. qui negotia 34. huic priori non multum absimilem decidit casum: Mævius Titii negotia procuravit, cumque à debitoribus ejus pecuniam exegisset, Epistolam ad Titium misit, quâ significavit, certam pecuniæ summam ex administratione apud se esse, eamque sibi creditam velle cum usuris semissibus. Quæsitum * 1. an pecunia mutuò data sit: 2. an usuræ peti possint. Ad * priorem quæstionem respondit Africanus; pecuniam mutuò datam non esse. Decidendi * rationem in eo ponit, quòd alias dicendum foret, nudâ pactione pecuniam creditam fieri. Ex * hisce duobus responsis apparet, casum hunc in d. l. 15. aliter decidere Ulpianum, aliter verò in d. l. 34. Africanum. Unde * Dn. Bachovius p. 2. disp. 20. th. 3. & alii à Besoldo tract. d. mut. c. 7. n. 13. allegati JCC. hosce à se invicem dissentire putârunt. Sed * optimè & commodissimè conciliari possunt. Nam in d. l. singularia expressè & legitimè convenerat inter contrahentes, ut pecunia ex mandato debita credita esse deberet. In * d. l. qui negotia 34. verò Procurator Epistolam solum ad mandatorem miserat, ad quam tamen hic consensum suum expressè & legitimè non declaraverat, sed tacuerat solum, quæ taciturnitas non legitimam conventionem, sed nudam duntaxat pactionem, inducit. Et * ergò alium casum proponit Ulpianus in d. l. singularia; alium verò Africanus in d. l. qui negotia. Ulpianus * illum proponit, quando inter mandantem & mandatorem per legitimam conventionem contrahitur mutuum; Africanus * autem illum, ubi procurator nuda pactione mutuum contrahere satagit, quod facere non potest; cùm nuda pactio non ad agendum, sed excipiendum solum efficax sit. l. juris gentium 7. §. 4. ff. d. pact. Coras. 6. mescell. 16. Conciliationis * nostræ ratio in aperto est: quòd Africanus in d. l. 34. decidendi rationem in nuda pactione posuerit. Quam * minimè suspectam facit, quòd Africanus 1. in d. l. 34. sub-

jicit:

jicit : non esse simile, quòd si pecuniam apud te depositam conve-
nerit, ut creditam habeas, credita sit: Item * 2. quòd si à debitore
meo jussero te accipere pecuniam, credita sit : id enim benignè re-
ceptum esse. Nam * ideò in casu priori ita obtinet & in postero-
ri benignè receptum est : quia scil. legitimè conventum fuit, credi-
tam pecuniam esse debere, non obstante eo quòd creditor non nu-
meraverit pecuniam : nam fictio brevis manus idem operatur, ac si
crediditor pecuniam reverà numerasset.

Controversia II.

Mutuum proprius est contractus.

Summaria.

Contractuum quidam δήπλευεξ sunt, quidam μονόπλευεξ. n. 1. & 2.

De hisce controversia est. n. 3.

Affirmativa sententia stabilitur. n. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.

Obiectio ex l. 19. ff. d. V. S. n. 11.

Solutio n. 12. 13. & 14.

Contractuum * quidam sunt ultro citroq: obligatorii, quidam
verò ab altera tantum parte obligatorii: illi à Græcis συναλ-
λάγματα vel δήπλευεξ dicuntur, & sunt emptio, venditio, locatio,
conductio, mandatum, societas; hi * verò μονόπλευεξ vocantur,
& sunt mutuum, depositum, stipulatio. De * hisce controverti-
tur tam inter antiquiores quàm recentiores juris nostri Interpretes,
an propriè sint contractus; eò quod ab una solùm parte sint ob-
ligatorii? Nos * veros & proprios eos esse contractus, planè non
dubitamus. Quam * sententiam evidentissimè probat §. 2. instit.
d. jur. natural. Gent. & civil. ubi ait Justinianus Imperator: ex jure
Gentium omnes penè contractus esse introductos, & recensitis
plerisque contractibus subjicitur depositum & mutuum. Idem
* probat §. 3. instit. d. obligat. junct. pr. h. t. l. 1. §. 1. ff. d. O. & A. l. 1.
§. 3. ff. de pact. l. certi condictio 9. §. quoniam 3. ff. d. reb. credit. ubi
contractus in eos qui re fiunt, aut verbis, aut literis, aut consensu
dividuntur, & mutuum ac depositum tanquam species contra-
ctuum, qui re contrahuntur, sicut & stipulatio, tanquam contra-
ctus qui celebratur verbis, subjiciuntur. Itaq; * proprius erit con-
tractus mutuum, depositum & stipulatio: quippe * nam verba
propriè accipiènda sunt. l. non. aliter 69. ff. d. legat. 3. Quis * enim

inscitiae argueret juris Conditores : qui mutuum *in pr. h. t.* inter species contractuum primo ponunt loco.

10. Neque * obstat, *l. Labeo 19. ff. d. V. S.* in qua definitur contractus ultrò citròq; obligatio; mutuum verò obligationem ejusmodi in se non continet. Respondetur * enim : verba *ultrò citròque in d. l. 19.* haud denotare contrahentes à parte utraq; obligatos esse, sed obligasse, constrinxisse, confecisse actum, qui contractus appelletur : quòd simul ab utroq; factus sit. *Ex Aberic. Gentil. ad d. l. 19. Besold. in tract. d. mut. c. 2. n. 2.* Quò * etiam inclinare videtur Vultejus *ad pr. precedent. tit. n. 32.* ubi ait : quòd, quando Jcc. mentionem faciunt contractuum propriorum & impropiorum, non conferant contractus inter se, quatenus ex iis ultrò citròque nascatur obligatio, aut non, sed quatenus contractus fiant consensu, vel vero vel quasi, nimirum ex juris intellectu : atque aded contractus proprius in jure nostro dicatur ille, qui aliàs verus dicitur, improprius ille, qui quasi contractus appellatur. Et * porrò subjicit Vultejus *d. l.* quòd proprietas vel improprietas contractuum non ex modo obligandi, sed modo contractum ineundi sumi debeat. Ex * quibus patescit : mutuum haud quaquam contractui *in d. l. 19.* opponi ; sed hoc saltem ibi significari : posse mutuum etiam actum dici : intuitu sc. numerationis, quâ perficitur. *Besold. d. l. Rümlin. ad pandect. p. 3. tit. d. reb. credit. th. 2. subtil. B. Harpprecht. ad §. 2. instit. d. obligat. n. 15. & seqq.*

Controversia III.

Mutuum est, si quis eosdem nummos, quos accipit, reddiderit.

Summaria.

Fundamentum hujus opinionis. *n. 1. & 2.*

Obiectio ex *l. 2. pr. ff. d. reb. credit. n. 3.*

Solutio. *n. 4. & 5.*

1. Quæ * opinio ex eo probatur : quòd uniuscujusq; contractus initium spectari debeat. *l. si procuratorem 8. pr. ff. mandat.* Sed
2. * ab initio ita convenit : ut non eadem res in specie, sed in genere reddatur.

3. Non * adversatur *l. 2. pr. ff. d. reb. cred.* ubi habetur : mutuum

tuum damus recepturi non eandem speciem, alioquin commodatum erit aut depositum. Siquidem * ab initio quidem ut diximus ita conveniri non potest, ut eadem res restituatur; ast bene ex post facto & accidenti: cum * in ipsius debitoris gratiam constitutum sit, ne eandem rem in specie, sed in genere restituat. D. Harppr. hic num. 63.

Controversia IV.

Aureis nummis mutuò datis alterius generis nummis solutio fieri potest.

Summaria.

Elegans & practicabilis est hæc controversia. n. 1.

Affirmativa ejus sententia stabilitur. n. 2. 3. 4. 5. & 6.

Opinionis hujus ratio. n. 7. 8. & 9.

Obiectio. n. 10.

Solutio. n. 11. 12. & 13.

Opinio nostra est communissima, & consuetudine obtinet. n. 14.

Duplex ejus limitatio. n. 15. & 16.

Sublimitatio. n. 17.

Elegans * & practicabilis est controversia hæc, quæ ideo digna ne silentio prætereatur. Et sanè * pro negativa sententia fortiter pugnat. *l. quæ extrinsecus 65. §. 1. ff. d. V. O.* ubi ait Florentinus JC. stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondendo obligationem nasci. Vnde * consequens est: aureos in *d. l. 65.* quò ad æstimationem & valorem denariis omninò æquipollere; aliàs enim inutilis esset stipulatio, quippe interrogatus ad interrogata haud rectè respondisset. Facit etiam * *l. Paulus 99. ff. d. solut.* ubi respondet Paulus JC. Debitorem in aliam formam nummos accipere cogendum non esse, si ex ea re damnum aliquod passurus sit. In * qua lege vocula *si* conditionem indicat. Ergò à contrario sequitur, si nullum damnum patiatur exinde creditor, eum in aliam formam nummos accipere cogendum esse. Et * conferunt huc quoque *l. unic. C. d. ar. collat. lib. 10. l. unic. C. d. arg. pret. quod thesaur. infert. eod. libr.* Æquissimæ * opinionis hujus ratio est solida: quòd nummi valor non tam ex substantia, quàm potius ex ipsa quantitate æstimetur, veluti traditur in *l. 1. ff. d. contrah. empt. vendit.* Sive * igitur aurei sint nummi sive argentei, perinde est, modò aliàs probi sint.

9. sint. Nam * si quid emere volo, certè eam monetam solvere possum quæ proba, sive argentea sit sive aurea, & venditor accipere eam tenetur.

10. Non * obstat, quòd aliud pro alio invito creditori solvi non
11. possit. Etenim * hoc casu aliud pro alio non solvitur. Non
12. * attenditur hîc materia nummi, si proba est; sed potius ipse va-
13. lor, æstimatio & quantitas ejusdem. Vnde * valorem suum habet
nummus, an non ex Principis sive Magistratus impositione? Ipsa
materia auri & argenti vi suâ certum & determinatum valorem
non habet, potest augeri & minui, prout Principi placuerit, mo-
14. dò nulla subsit iniquitas. Et * hæc est communissima Dd. opinio,
teste Besoldo *tract. de mutuo c. 9.* & consuetudine practicatur. Fa-
chin. *contro. lib. 2. c. 50.* Dn. Harppr. *pr. h.t. n. 190. & mult. seqq.*

15. Planè * si damnum aliquod ex alia moneta sentiret creditor,
vel aliud inter eum & debitorem convenisset, creditor aliam mo-
16. netam quam dedit accipere non cogeretur. Nam * quod conven-
tio de certa moneta solvenda servari debeat; confirmatur ex Edicto
Ferdinandi I. Imperatoris Augustissimi de Anno 1559. edito §. Die
jesho gemelte Reichs-Münze / ic in quo habetur was auff Gold gete-
digt oder verschrieben ist / deßgleichen was hinfort also gehandelt paci-
scirt, oder angedingt wird / das soll mit Gold / vnd nicht mit anderer
Münz bezahlt werden.

17. Si * tamen moneta, de qua solvenda conventum fuit, inter de-
bitorem & creditorem, non extet amplius, tunc loco ejus solutio-
nem fieri posse in alia moneta, secundum non extantis rationem
bonitatemque intrinsecam, tradidere Fridericus Pruckmann. *consil.*
12. n. 18. vol. 2. Johann. Fichard. *consil. 42. vol. 2.* Ernest. Cothmann.
respons 36. n. 8. vol. 2. Andr. Gail. *2. observat. 73. n. 3.* Mynsing. *cen-*
tur. 4. observat. 1. n. 4. & 5.

Controversia V.

*Insolvenda moneta ex mutuo debita contractus
tempus inspicere debet.*

Summaria.

Distinguit Dd. communiter inter intrinsecam & extrinsecam monetæ boni-
tatem. *n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.*

Autor

Autor sententiam suam ulterius probat. n. 8.9. & 10.

Obiectio. n. 11.

Solutio. n. 12.

Exemplum Friderici II. Imperatoris. n. 13.

Responsio. n. 14. & 15.

Opinio nostra à multis Facultatibus Iuridicis approbata & in Camera Imperiali multis præjudiciis confirmata est. n. 16. & 17.

Statutum Imperii contraria statuta. n. 18.

Decretum Wirtembergicum super hâc controversiâ. n. 19. 20. 21. 22. & 23.

Decretum hoc Wirtembergicum non sine gravibus & urgentibus causis factum est. n. 24. 25. & 26.

Excipiuntur in Decreto Wirtemb. personæ, quæ sunt sub curatela & collegia licita acpia. n. 27.

Exceptio illa de Praxi Wirtemb. ad maritatas quoque mulieres extenditur. n. 28. & 29.

In Decreto isto Wirtembergico quid de Pharmacopolis, Cauponibus, Opificibus & iis qui fidem de pretio habuerunt &c. dispositum sit. n. 30.

AN * in solutione monetæ ex quocunq; etiam contractu solvendæ contractus, an verò solutionis tempus sit inspiciendum; præteritis non solum temporibus, sed etiam hodie tam in superioribus quàm inferioribus judiciis agitata nec adhuc dum sopita est controversia. In * qua sanè controversia communiter ita distinguere solent Dd. Aut intrinseca monetæ bonitas mutata fuit (wann Korn vnnnd Schrot an der Münz gemündert wird) & contractus tempus inspiciendum est, & si eadem illa moneta reperitur, solvi à debitore potest; sin verò non extet amplius, alia quidem moneta solvi potest, sed tamen juxta pristinæ monetæ valorem, quæ contractus tempore vigeat. Aut * verò extrinseca monetæ bonitas aucta vel diminuta est (wann der Valor oder Wehrt guldiger / oder geringerschätziger worden) quo casu lucrum vel damnum ipsius creditoris esse debet, monetaque secundum solutionis tempus solvi potest. Illo * casu ideò contractus tempus inspiciendum, quòd intrinseca monetæ bonitas in ipsa auri & argenti materia consistat, ut probatur per l. 1. ff. d. contrah. empt. vendit. Ergò * etiam ipsa intrinseca bonitas, quæ contractus tempore erat, præstari potest & debet: quasi hoc inter partes expressè actum sit. Hoc * verò casu, quando scilicet extrinseca monetæ bonitas mutata fuit, ea de causa damnum vel lucrum creditoris esse debet: quia cum neque forma neque materia monetæ mutata sit, nihil debitori imputari potest: & * quoniam lucrum spectat hoc casu ad creditorem,

Sff

æquum

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

æquum etiam videtur, damnum ad eundem spectare debere; qui enim commodum sentit, etiam incommodum sentire debet, juxta vulgatam juris Regulam. Porro * sententiam nostram quando scilicet intrinseca monetæ bonitas mutata est, probat & confirmat *c. cum Canonicis x. d. cens.* Item * *l. Paulus 99. ff. d. solut. sin qua* creditor in aliam formam, quam convenerit, pecuniam recipere non cogitur, ubi damnum passurus sit. Ergo * similiter cogendus non est, ut pecunias deterioris materiæ recipiat, si damnum passurus sit. Fachin. *controv. 2. c. 10. vers. restat postrema questio.* Gail. 2. *obs. 73. n. 7. & 8.* D. Kitzel. *p. m. in exeg. d. obligat. mut. c. 6. n. 81. & seqq.* Ernest. Cothm. *resp. 49. n. 10 & resp. 50. vol. 4.*

Hisce * non adversatur, quod *precedenti controvers.* diximus, quantitatem monetæ in valore impositio consistere: hoc * enim tum demum verum est, quando ipsa materia bona est & proba, & ubi augmentum monetæ nimis magnum non est: certè iniquum esset, materiæ reprobræ valorem bonæ & probæ materiæ imponi.

Nec * contrariatur etiam exemplum Friderici II. Imperatoris, qui Anno Christi 1240. eò quod Ærarium ipsius ex belli Italici diuturnitate exhaustum esset, monetam coriaceam cudi jussit eique valorem aurei Augustalis imposuit simulque per Præconem edixit, ut habentes monetam hanc finito bello ad Cameram Imperialem referrent, bonos aureos Augustales recepturi. Etenim * hoc pro singulari exemplo reputatur, quod in magna Reipublicæ contigit necessitate; itaq; ex eo non statim inferendum, Principem semper monetam hujusmodi cudere posse: esset enim hoc cum magna iniquitate conjunctum. Et * quia etiam Friderico Imperatori iniquum hoc visum fuit; ideoque bonam monetam pro coriacea restituit, nec voluit perpetuò valere eam * debuisse. Addatur Mynsing. *cent. 4. observ. 1.* Ludovic. Roman. *in singular. 519.* Cujac. *in l. 59. in fin. ff. d. V. O.* Anton. Gabriel. *libr. 3. resolut. d. solut. conclus. 1. 23. & seqq.* Anton. Tessaure. *decis. 174.* Besold. *consil. 81. part. 2. per tot.* D. Rümlin. *p. m. p. 3. Pandect. disp. 1. th. 4.*

Quæ * opinio novis hisce temporibus non solum à multis juridicis Facultatibus in Imperio Romano approbata, sed etiam * à Camera Imperiali confirmata est: idq; infinitis Cameralibus mandatis probari potest. Cæterum * in hac controversia statuta nonnullorum Principum & statuum Imperii variare solent. Præter *
alia-

alia autem ab Illustrissimo Wirtembergiæ Duce in Anno 1624. 6. Februar. Decretum est super hac controversia factum: ut illi quidem, qui ante hæc tempora probam & antiquam monetam mutuò dederunt, vel alium quendam contractum celebrârunt, nec tamen solutionem in reproba moneta acceptare voluerunt; aliam monetam nisi probam & antiquam acceptare non teneantur: etiamsi moneta illa reproba oblata à debitore legitimè deposita fuerit. Deinde * disponitur in Decreto illo Wirtembergico: pecuniam tempore reprobæ monetæ acceptam secundum solutionis tempus solvendam esse & restituendam: nisi specialia adsint pacta, vel ad species contractum fuerit. Idemque * ibi constitutum in emptione venditione immobilium bonorum aliisque contractibus. Ubi * tamen tria intervenire & concurrere debent: 1. ut creditor solutionem liberè & spontaneè acceptaverit: 2. ut quietationis literas dederit creditor: 3. ut creditor obligationis instrumentum vel literas reddiderit. Quorum * trium requisitorum uno deficiente; juris civilis dispositio obtinebit: nam statuta strictam recipere interpretationem, præsertim juri communi contraria, vulgò notum est. Quæ * Decisio licet juri communi & Cameralibus præjudiciis contraria sit; tamen non sine gravibus & urgentibus causis facta est. Et * quamvis etiam statutum aliàs iniquum videri possit; tamen in Reipublicæ utilitatem quando tendit, vigorem suum jure obtinet: siquidem * in legum & statutorum sanctione & ordinatione publicum bonum privatæ æquitati præferendum est. Excipiuntur * autem in allegato Decreto Wirtembergico illæ personæ, quæ sub curatela sunt, ut minores, viduæ, item collegia licita & pia, quæ jure minorum utuntur. Quæ * exceptio & ad maritatas mulieres extendi solet: sicut * in summo Consistorio Wirtembergico non semel practicum esse novimus. Tandem * in allegato Decreto de Pharmacopolis, cautionibus, opificibus & aliis, qui sub fide contraxerunt & qui de pretio fidem habuerunt, in commerciis autem suis mercem suam vel operas suas secundum florenorum proportionem & multitudinem æstimârunt, dispositum est: ut solutionem secundum contractus tempus, in moneta quæ eo tempore erat valida, acceptare teneantur.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

**

Sff 2

Contro.

Controversia VII.

Nullus est dissensus inter Ulpianum J.C. in l. rogasti II. ff. d. reb. credit. & inter Africanum J.C. in l. qui negotia 34. ff. mandat.

Summaria.

De natura mutui & in quibus consistat. n. 1. & 2.

Vlpiani responsum in l. II. ff. d. reb. credit. n. 3.

Africani responsum in l. 34. ff. mandat. n. 4.

Dubitandi ratio contra Vlpiani sententiam adducta. n. 5. & 6.

Remotio ejus. n. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.

Africanus Vlpiano minimè contradicit. n. 13. & 14.

De conciliando Africano cum Vlpiano variant Dd. n. 15.

Cujacii, Anton. Fabri, Borchold. & Bachovii antimoniam statuentium sententia. n. 16.

Refutatio. n. 17.

Aliorum textum d. l. 34. emendantium sententia. n. 18.

Refutatio. n. 19.

Hunnii conciliatio. n. 20.

Refutatio. n. 21. 22. & 23.

Iohan. Roberti distinguuntis conciliatio. 24.

Refutatio. n. 25. & 26.

Pacii & Bronchorstii distinguuntium conciliatio. n. 27.

Refutatio. n. 28. & 29.

Autor Accursii & Bartoli tanquam communem conciliationem sequitur. n. 30. 31. 32. 33. & 34.

1. DE * natura est mutui, ut quantitas eâ lege detur, ut eadem
2. quantitas in genere reddatur. Et * consistit mutuum in re-
bus, quæ functionem in genere suo recipiunt: ut quæ in pondere,
numero & mensura consistunt: cujusmodi sunt vinum, oleum,
frumentum, pecunia numerata, æs, argentum, aurum: quas res
aut numerando, aut metiendo, aut adpendendo in hoc damus,
ut accipientium fiant. l. mutuum damus 2. §. 1. ff. d. reb. credit. pr. h. t.
3. Hinc * quæsitum fuit à Jcc. in specie verò ab Ulpiano in l. rogasti II.
ff. d. d. t. & Africano in l. qui negotia 34. versic. his argumentum es-
se, &c. quòd, si rogasses me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cùm
non haberem, lancem tibi dederim, vel massam auri, ut eam vende-
res & pecuniâ utereris: si vendideris, mutuam pecuniam respondit
4. Ulpianus in d. l. rogasti II. Contra * verò respondere videtur Africa-
nus

nus in d. l. qui negotia 34. ubi ait: eum, cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset, nihilo magis pecuniam creditam rectè petiturum & tamen pecuniam ex argento redactam periculo ejus fore, accepisset argentum; in proposito igitur casu dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem: ut quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras, de quibus convenerit, præstare debeat. In * qua facti specie idè non videtur mutuum: 1. quoniam mutuum in quantitate & illis rebus consistere debet, quæ functionem in genere suo recipiunt; in hoc verò casu non quantitas, sed species data intelligatur. Ergò cum hoc contrà naturam mutui esse videatur, dicendum videtur: non actionem ex mutuo sed actionem mandati competere. 2. In * proposita facti specie ea de causa non videtur mutuum esse: quòd creditor de vendenda specie tradita mandatum dedisse quòd debitor suscepisse videatur. Verumtamen * hâc dubitandi ratione non obstante verissimè respondit Vlpianus, creditam esse pecuniam ideoque actionem ex mutuo locum habere. Nam * mens & intentio contrahentium fuit, non mandati, sed mutui contractum celebrare, licet mandatum juxta de vendenda re tradita intervenerit. Ante * venditionem quidem non videtur obtinere mutui sed mandati actio; post venditionem verò mutui actio omninò locum habet. Hæc enim, ut dictum, mens & intentio fuit contrahentium, quæ in quovis contractu est inspicienda. l. si in venditione 6. ff. commun. præd. l. fin. C. quæ res pignori obligari poss. l. sed Celsus 6. §. si fundus 1. ff. d. contrahend. empt. vendit. Et * si effectus rei consideretur, non mandatum, sed mutuum potius contractum censetur: quoniam * accipiens uti debet pecuniâ ex re vendita acceptâ, quòd mandati contractui hæud convenit. At * verò qualis sit contractus, non tam ex verbis quàm potius ex effectu cognoscitur. l. si cui 48. ff. locat.

Cui * sententiæ minimè contradixisse Africanum in d. l. 34. nobis omninò persuasum est: Quis enim subtilem hunc JC. erroris hujus insimularet? Sicut * enim Vlpiani sententiæ mandatum obstat, & quòd species data sit debitori; quòd minùs contractus mutui initus videatur; ita multò magis Africano obstaret effectus rei & intentio contrahentium, ut uti debeat pecuniâ acceptâ debitor, quòd minùs mandati actio locum habere possit.

Quomodò * autem Africanus conciliari queat ac debeat cum

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16. Ulpiano, de eo sanè diversas Dd. tenent sententias. Omnium * pessimè verò Cujacius in tract. ad African. ad d. l. qui negotia 34. sub fin. Anton. Faber conjectur. libr. 3. c. 19. Johan. Borchold. de reb. credit. c. c. 5. n. 28. Bachovius p. 1. disp. 20. th. 3. lit. A. antinomiali hîc statuunt: in * quorum conciliatione refutanda non multa verba faciemus, postquam perversus iste leges conciliandi modus toties à nobis rejectus & refutatus est.
17. Alii * textum d. l. 34. emendant: & pro vocabulo *Nihilominus* reponunt *Nihilominus*. Verum * huic temerariæ emendationi repugnat tum ipse textus, cujus sensus sic salvari non posset: tum quod omnia exemplaria, ut Haloandri, Gothofredi aliique authentici Codices non *Nihilominus* sed *Nihilominus* habeant. Helfricus * Ulricus Hunnius *variar. resolut. libr. 3. tract. 3. p. 1. q. 5.* Jcc. hosce ita conciliat: quòd scil. in d. l. 11. de eo tractetur, quod veritati & juris rationi congruit: in d. l. 34. verò de eo, quod ex fictione juris descendit: ita ut ipsâ rei veritate inspectâ in casu proposito mutuum contrahi non possit: ut quod nisi rebus in quantitate consistentibus contrahatur; at fictione juris ac singularis benignitatis ratione mutuum contrahatur, dum videlicet fingitur pecunia ex re vendita redacta pervenisse ad dominum illius rei, ab eoque pecunia mutua data esse venditori. Quæ * vana est conciliatio: sicut enim secundum Hunnium juris rationi non convenire videtur, quod in proposita facti specie respondit Ulpianus; ita multò minus juris rationi convenire videtur, quod Africanus respondit in d. l. 34. quod scil. mandatarius uti debeat pecuniâ ex re vendita acceptâ, quod de natura mandati non est. Unde * sicut in d. l. rogasti 11. mutuum est irregulare; ita secundum Africanum malè ab Hunnio intellectum mandatum esset irregulare: ideoque sive contractum mutui sive contractum mandati dicas, in proposito casu utrobiq; juris ratio repugnare & contractus irregularis deprehenditur. Deinde * quæ benignitas est, si detur mutui actio, non mandati: cum utroq; casu teneatur debitor de pecunia ex re vendita accepta restituenda, nec privilegium aliquod hîc habeat actio mutui, quod mandati actio non habeat.
24. Johannes * Robertus libr. 2. sentent. jur. c. 5. distinguit, an debitor nomine suo, an verò nomine domini rem vendiderit: quæ quidem acuta & speciosa est conciliatio. Sed * tamen idè non placet
- 25.

placet: quòd non consideretur hîc, quid inter debitorem & tertium agatur, sed quid inter debitorem & creditorem actum sit. Cum * igitur mutuum, si vendat rem debitor contrahere voluerint; itaque utroq; casu mutuum erit, siue nomine proprio siue nomine domini res ab eo vendita fuerit.

Julius * Pacius ἐν αὐτοφωρ cent. 3. q. 64. Everhard. Bronchorst. cent. 2. assor. 23. in fin. distinguunt inter æquitatem & jus strictum & d. l. rogasti. de æquitate d. l. 34. de jure stricto accipiunt. Quæ * conciliatio ad idem collimat, ad quod Hunnii conciliatio collimat. Et * ideò etiam procedere non potest: quod nec mandatum de stricto jure in proposita facti specie sicut antè dictum, esse potest.

Rectius * igitur duos istos Jcc. in concordiam ita reducit Accursius in d. l. rogasti. 11. in verb. factam. & Bartol. ibidem: quòd in casu d. l. 34. dominus argentum vendendum dederit, ut pecunia accepta ex re vendita ipsi prius afferatur, deinde demum mandatario ex arbitrio suo mutuam eam daret. Sed * verò in casu d. l. rogasti. 11. ita convenerat, ut pecunia accepta statim esset mutua, nec adferretur prius domino. Quæ * conciliatio evidentem rationem habet, ideòq; præ omnibus aliis meritò retinenda: & quamvis alii eam divinationis redarguant; tamen idem de conciliationibus ab ipsis allatis dici potest: proinde * malumus in intricatis hisce juris articulis istas acceptare conciliationes, quæ nullius absurditatis quam illas quæ tam vanitatis & absurditatis quam divinationis redargui possunt.

Quam * Accursii conciliationem Bartol. in d. l. rogasti. 11. & communiter Dd. secuti sunt. Angel. Alberic. Castrenf. & Zas. ibidem D. Kizel. in tract. d. obligat. mut. c. 6. n. 20. D. Harpprecht. ad pr. h. t. n. 91.

Controversia VIII.

Civitas ex mutuo obligatur.

Summaria.

Ex mutuo obligari civitatem probatur. n. 1. 2. & 3.

Quando hoc procedat. n. 4. & 5.

Illi qui repræsentant civitatem bona singulorum civium obligare non possunt; sed consensus eorum necessarius est. n. 6. & 7.

Quo casu tamen quilibet civium non in solidum, sed pro rata tenetur, nisi se in solidum obligarint. n. 8.

Si ad-

Si administratores mutuam acceperint pecuniam, non aliter tenetur civitas, nisi expressum mandatum habuerint & probetur, pecuniam in utilitatem Civitatis versam esse. *n. 9. & 10.*

Nec creditur obligationis instrumento. *n. 11.*

In quibus contractibus & quando probari debeat, pecuniam in utilitatem Civitatis versam esse. *n. 12. 13. 14. 15. 16. & 17.*

Illis casibus quibus ex contractu mutui ab administratoribus celebrato, nec probato eo in utilitatem Civitatis versam esse pecuniam, ipsi administratores tenentur conditione ob causam. *n. 18. 19. & 20.*

Civitas efficaciter obligata læsa in integrum restituitur. *n. 21.*

Etiam Municipalis civitas. *n. 22.*

Quæ est communis Dd. opinio. *n. 23.*

1. **A**N & quando civitas ex mutuo obligetur inter Dd. controversia est, quæ distinctius paulo enodanda. Et * sanè ex mutuo obligari posse civitatem, vix dubium habere videtur: quòd civitas
2. privatorum jure utatur. *l. eum qui 16. ff. d. V. S.* Et * quòd omnis qui non expressè prohibetur, mutuum dare & accipere possit.
3. Nullibi * verò prohibitum reperitur, civitatem mutuam pecuniam accipere posse.

4. Quod * tamen ita simpliciter, & indistinctè non procedit: tum enim obligatur civitas ex mutuo, quando vel ipsa, vel illi qui
5. repræsentant Civitatem veluti Consules nomine ejus contraxerunt: cùm * enim hi repræsentent ipsam civitatem, ideoque quòd ipsi fecerunt, civitas fecisse creditur. *arg. l. quod semel ff. d. Decur. ab ordin. faciend. l. si is qui bona l. si rem ff. d. pignor.* Bartol. in *l. Præses C. d. transuet.* Anton. Faber. in *Codic. tit. d. O. & A. definit. 5. n. 9.* Hartmann. Pistor. *quest. 37. n. 5. p. 1.* Qui * tamen bona singulorum civium obligare non possunt. Bartol. in *l. 4. §. actor. ff. d. re judicat.*
6. Menoch. *d. arbitrar. judic. quest. cas. 503.* sed * ipsorum civium consensus necessarius est: quo casu si cives propter debitum civitatis singulariter se obligarint, quilibet eorum pro debito non in solidum, sed tantum pro rata tenetur: nisi * se quilibet in solidum obligaverit. Hartmann. Pistor. *decis. 73.* Coler. *p. 2. c. 3. n. 366.* Köppen. *decis. 60. n. 27.*

10. Si * verò administratores nomine civitatis contraxerint & mutuam pecuniam acceperint, non aliter tenetur Civitas, nisi administratores expressum mandatum habuerint mutuo accipiendi pecuniam; & * probet creditor, in utilitatem civitatis versam esse pecuniam. *l. civitas 27. ff. d. reb. credit. ubi* Bartol. & Dd. Paulus d.

Castro

Castro *consil.* 2. n. 5. vol. 1. Modestin. *Pistor. consil.* 12. n. 13. p. 1. Hartmann. *Pistor. d. q.* 37. n. 5. & 20. Coler. *d. l. n.* 118. & 336. Joh. Köpp. *d. decis.* n. 3. Ubi * obligationis instrumentum sufficiens non est, nec ei creditur, etiamsi comprehensum sit in eo, in utilitatem Civitatis versam esse pecuniam *auth. hoc jus porrectum C. d. SS. Eccles.* *Pistor. d. q.* 37. n. 3. & *mult. seqq.*

Id * quod de probatione an pecunia versa sit in utilitatem civitatis dictum est, procedit in contractu mutui, fidejussionis, depositi, vel simili: quando * sc. non statim apparet, administratorum contractum utilitatem civitatis concernere: in illis enim requiritur. Verum * in aliis contractibus ultrò citroq; obligatoriis, in quibus commodum civitatis palam & in confesso est, contractus valet & executio fieri potest, etiamsi in rem versio non probetur. Hartmann. *Pistor. d. q.* 37. n. 4. Wesenbec. *consil.* 14. n. 7. Köpp. *d. decis.* 60. n. 10. 2. Nec * perpetua esse debet illa utilitas: sufficit namque versionem in utilitatem civitatis fieri etiamsi desierit, & satis fuerit civitatem ex pecunia mutuo accepta prædium emisse, etiamsi illud statim igne perierit. Molin. *d. usur. c.* 37. n. 281. 3. Limitatur * illud ipsum, quando non soli administratores, sed cum iis omnes de civitate, vel consilium civitatis, deputati sc. de civitate, quibus à populo libera data est potestas statuendi de rebus tam maximis quàm minimis, contrahunt: ubi necesse non habet creditor probare pecuniam in utilitatem civitatis versam esse. Köpp. *d. decis.* 60. n. 23. Quo * casu executio primum fit in bonis communibus civitatis, vel si defint nec sufficiunt in bonis civium qui contractui interfuerunt & subscripserunt, & tandem in bonis singulorum civium.

Quando * igitur administratores civitatis mutuam acceperunt pecuniam absque consensu & consilio civitatis, nec probatur in utilitatem ejus versam esse pecuniam; tum ipsi administratores tenentur; non * quidem mutui actione, sed condictione ob causam. Eo * namq; sine facta est pecuniæ numeratio, ut in publicos usus erogaretur, quâ cessante causâ meritò conditioni locus erit. *t. t. ff. & codi d. condict. caus.* Henric. Bruning. *d. var. universit. speciebus. conclus.* 79. lit. B. Cæterum * quandocunq; ex mutuo tenetur civitas & læsa deprehenditur, instar minorum beneficium in integrum restitutionis habet. *l. pen. C. ex quib. caus. major. l. pen. C. d. jur. Rei-*

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

- 22.. public. l. 9 ff. d. appellat. quod * non solum de Republica Romana; sed etiam alia quavis municipali civitate verum est. l. ergo sciendum 22. in fin. ff. ex quib. caus. major. Quæ * est communis Dd. sententia. Mauriti. in tract. d. restit. in integr. c. 417. Bruning. d. l. conclus. 89. Hunn. variar. resolut. tract. 3. libr. 3. p. 1. q. 18. & 19.
- 23..

Controversia IX.

Ex mutuo condictio certi specialis competit.

Summaria.

Conditionis verbo omnes personales actiones continentur. n. 1.

Quid fuerit antiquitus condicere. n. 2. & 3.

Quid hodiè sit. n. 4.

Quæ sit condictio certi generalis. n. 5. & 6.

Status controversiæ. n. 7.

Autoris sententia stabilitur. n. 8. 9. 10. 11. & 12.

Obiectio. n. 13.

Solutio. n. 14. 15. 16. & 17.

- 1.. **C**ONDITIONIS * generali nomine omnes personales actiones
- 2.. **C**onveniunt: quod * priscis temporibus iis acturi non in jus dicere aut rapere debitorem soliti fuerint, sed coram testibus condicere: id * est denunciare diem ac convenire cum reo, qua die iudicio sisteretur. Condicere igitur priscâ linguâ erat denunciare;
- 3..
- 4.. hodiè * verò actio in personam est, quâ actor intendit sibi dari oportere: cum nulla hoc tempore denunciatio fiat, veluti tradit Justinianus Imperator in § appellamus 15. instit. d. action. Et * hæc condictio, cum obtineat in omnibus actionibus personalibus, quibus certum petimus; certi generalis dicitur: quod * non solum concludendi medium sit generale, sed etiam omnibus actionibus personalibus communis.
- 5..
- 6..

- 7.. Hinc * controvertitur tam inter antiquiores quàm recentiores juris nostri Interpretes, An præter generalem hanc certi conditionem detur etiam condictio certi specialis, nimirum in contractu mutui & stipulationis, quâ certa summa petitur, pr. instit. d. V. O. in quibus contractibus præter certi conditionem nulla alia specialis actio præter hanc prodita est. Ubi * affirmativam sententiam lubentes amplectimur. Quæ probatur 1. quod condictio certi generalis sit dativa; (quippe quam Prætor introduxit) condictio certi specialis verò nativa: (ut quæ de jure Gentium est introducta)
- 8..

cum

cum igitur illa post hanc demum sit introducta, nec legibus sublata, adhuc hodie durabit. 2. Eandem * sententiam probat quod omnis contractus propriam & specialem pariat actionem. Ergo etiam mutui & stipulationis contractus specialem & propriam actionem pariet. 3. Sententiam * hanc confirmat: quod condictionis certi generalis medium concludendi sit generale; non vero sufficiat generaliter concludere actionem, sed ita concludere debeat, ut constare possit, in contractu mutui & stipulationis quæ actio intentata sit: ideoque mutui contractui non sufficiat certi conditio generalis. 4. Mutuum * contrahitur iisdem modis quibus indebitum §. 2. h. t. Atquin pro indebito specialis competit actio, indebiti scil. conditio. Ergo & pro mutuo specialis competet. 5. Facit * pro eadem opinione: quod ex stipulatione certi conditio specialis competat d. pr. instit. d. V. O. Ergo & ex mutuo.

Objicitur * hic ab adversariis: diversitatem actionis ex diversitate medii concludendi cognosci; in mutuo vero unicum esse concludendi medium, quod scil. certum petatur, quod creditum fuerat. Respondetur * in condictione certi generalis concludendi medium esse generale, in condictione vero certi specialis speciale. Nam * sicut in condictione certi generalis etiam specifica forma actionis exprimenda, quam nam intentare velit actor; ita * etiam in condictione certi specialis, quæ in locum specialis actionis ex mutuo descendens substituta est. Itaque * non sufficit certam esse summam, sed insuper actionis quoque genus certum esse debet. l. quod in herede. 9. §. eligere 1. ff. de tribut. act. Quam opinionem nostram defendunt. Accurs. & Bartol. in l. 9. ff. reb. credit. ibidemq. Alciatus n. 22. Fulgos. Bald. Salycet. Cujac. in rubric. C. si cert. petat. Fachinæ. controuv. jur. libr. 2. c. 90. versic. sed nec illa est &c. Vultej. ad §. 16. instit. d. act. Bachov. in not. & animadvers. ad Treutl. p. 1. disput. 21. th. 10. lit. A. Treutl. p. 2. disp. 27. th. 8. lit. B. ubi à contraria sententia sua disput. 21. defensa discedit.

Controversia X.

Indebiti solutio est quasi contractus.

Summaria.

Vnde dignoscatur, an verus an quasi sit contractus n. 1. & 2.
Auctoris sententia probatur. n. 3. 4. 5. & 6.

Nulla aliarum obligationum alienior est à vero contractu indebiti conditione. n. 7. & 8.

Limitatio. n. 9.

Obiectio ex §. 1. h. t. n. 10.

Solutio. n. 11.

1. **A**N* verus, an quasi sit contractus, ex modo obligandi & contrahendi est dijudicandum: ut si expressa conventio inita sit inter contrahentes, verus sit contractus; sin verò tacita quasi sit contractus: veluti * hoc ex speciebus verorum *in d. h. t.* & quasi contractuum *in tit. instit. d. obligat. quæ ex quasi contract. nasc.* relatis factis constat. Unde * manifestè dicit Justinianus Imperator *in §. item is cui §. d. t. d. obligat. quæ ex quasi contract. nasc.* quòd is qui per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videatur. Ut
- 2.
- 3.
4. * dubitare videatur Iustinianus, an ex contractu teneatur indebitum accipiens; quoniam ait Imperator: *eum ex quasi contractu debere videri.* aded ut subjiciat Justinianus: ut si certiore rationem sequamur magis ex distractu quàm ex contractu eum posse dici obligatum esse. Et * *in l. si quis absentis 6. §. is quoq. 3. ff. d. O. & A.* respondit Gajus JC. quòd is, qui per errorem solvit, magis distrahendæ obligationis animo quàm contrahendæ dare videatur. Atque * *in §. 1. h. t.* ait idem Justinianus: hanc speciem obligationis non videri ex contractu consistere: cùm is qui solvendi animo dat, magis voluerit negotium distrahere quàm contrahere. Unde * rectè notavit Hotomannus *ad d. §. 5.* quòd nulla aliarum obligationum, ex quasi contractu nascentium à natura contractus sit alienior conditionis indebiti obligatione: in * aliis enim scientia est in alterutro, & ex una parte verus & apertus consensus.
- 5.
- 6.
- 7.
- 8.
9. Si * tamen expressâ hâc conventionem solverit quis, ut si postea appareat, indebitè esse solutum, restitutio fiat; verum contractum intervenisse, colligitur *ex l. si quis 2. pr. ff. d. condict. indebit.*
10. Neque * obstat §. 1. h. t. quòd condictio indebiti ibi inter veros contractus referatur. Respondetur enim * hoc obiter *in d. §. 1.* fieri & ob similia quædam, quæ indebiti condictio cum mutuo habet. D. Harppr. *ad d. §. 1. n. 5. & seqq.* D. Rümmlin. *Exercit. 13. th. 4. lit. C.* Bachov. *ad d. §. 1. n. 2.* Hillig. *in Donell. enucleat. libr. 14. c. 16. lit. B.* ubi contra Donell. contrariam defendentem sententiam disputant.
- 11.

Controversia XI.

Damnum rei commodata, in viâ cum perferretur illatum, interdum patitur dominus; interdum verò commodatarius.

Summaria.

Commodatarius de levissima culpa tenetur. n. 1. & 2.

Interdum dolum & latam culpam, interdum & levem præstat commodatarius n. 3. 4. 5. & 6.

Casus fortuitus verò regulariter non præstat neque in aliis contractibus, neque etiam in commodato. n. 7.

Nisi culpa præcesserit, vel commodatarius casum fortuitum in se receperit. n. 8. & 9.

Status controversiæ. n. 10.

Autor distinguit in præsentī controversiā. n. 11. 12. 13. & 14.

Cujus sententia de jure Wirtembergico quoque obtinet. n. 15.

Limitatio. n. 16. 17. & 18.

Commodatarius * regulariter tenetur de dolo, lata, levi & levissima culpa. Nam * quotiens solius accipientis utilitas versatur, levissima culpa præstanda venit. *l. si ut certo 5. §. nunc videndum 2 ff. commodat.* ubi in commodato culpam & diligentiam, quæ levissimæ culpæ opponi solet, præstandam esse respondit Ulpianus JC. *l. in rebus commodatis 18. ff. commodat.* ubi Gajus JC. talem diligentiam in commodato requirit, qualem diligentissimus quisque paterfamiliās suis rebus adhibet. *l. contractus 23. ff. d. R. I. §. item qui res 2. h. t.* Interdum * tamen dolus & lata solum culpa, interdum verò levis etiam debet præstari in commodato: nimirum * prout vel commodatis solum, vel tam commodantis quàm commodarii utilitas versatur. Quando * commodantis solum versatur utilitas, dolus & lata culpa præstantur: *d. l. 5. §. quinimò 8. l. eum qui 10. d. l. 18. ff. eod. tit.* Quando * verò utriusque utilitas vertitur; culpa levis solum præstanda venit. *d. l. 18. & l. 5. §. 2.* Quod * ad casum fortuitum attinet, is regulariter in nullo contractu præstari debet; itaque nec in commodato. *d. l. 5. §. qui verò 4. d. l. 13.* Nisi * culpa casum præcesserit, vel ad casum prædestinata fuerit, *l. quod te mihi 5. ff. d. reb. credit.* vel * commodatarius casum fortuitum in se receperit. *d. §. 2. h. t. d. l. 23. ff. d. R. I.*

10. Quid * verò statuendum erit de casu, quo damnum rei com-
modatæ in via cùm perferretur illatum fuit, cuius nam periculo sit
11. damnum illud? Quam * controversiam distinctionis fœdere deci-
12. dendam esse censemus. Nimirum * si commodans rem commo-
datam per suum nuncium reposit, & in via damnum contigerit,
ipse commodans illud patitur; sin vero commodatarius rem com-
modatam per suum famulum vel nuncium remittat, ipsius erit pe-
13. riculum: idque * probatur per textum in *l. eum qui 10. §. sed et si dum
refertur ff. h. t.* ubi respondit Ulpianus JC. quòd, si dum refertur
res commodata perierit, ego mandaverim per quem remitteret, pe-
riculum meum sit: sin verò ipse, cui voluit commiserit, æquè mi-
hi culpam præstiturus sit, si sui causâ accepit. Idem * probatur
14. per textum *l. mei causa 12. eod. tit.* ubi respondit idem Ulpianus:
quòd, si dominus miserit quendam qui rem commodatam refer-
ret & ei dari iusserit, is verò, cùm recepisset, aufugerit, domino
pereat; si commonendi causa mitteret dominus, ut referretur res
15. commodata, ei pereat qui commodatò accepit. Quæ * opinio
à jure Wirtembergico per expressum comprobata est. *Jürstl. Wir-
temb. Landrecht. part. 2. tit. 2. §. Und so der Entlehner &c. fol.
242. Sebastian. Medic. d. cas. fortuit. part. 2. q. 10. n. 55. 58. & seqq.
Costal. ad d. l. 10.*
16. Planè * si commodatarius rem commodatam tam idoneo
perferendam dederit, ut quis cogitare non potuerit, eam ereptam
iri, commodantis erit damnum. *l. argentum 20. ff. commodat.* Quod
17. * rationem habet: nulla enim hîc culpa commodatario imputari
18. poterit: casu * namque fortuito res commodata periit, quem
commodatarius non præstat *d. l. 5. ff. eod. tit.*

Controversia XII.

Compensatio in commodato locum non habet.

Summaria.

In deposito non admittitur compensatio. n. 1.

Nec in commodato. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Objectio ex §. 30. *inst. d. act.* & *l. ult. C. d. compensat.* n. 9.

Solutio. n. 10. & 11.

Francisci Hotomanni *ad d. l. ult. responsio.* n. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. & 19.

Iacobi Cujacii *d. l. ult. emendantis sententia.* n. 20.

Refutatio, n. 21. 22. & 23.

Helfrici Vlrici Hunnii, compensationem in casu quo periit res commodata
compensationem admittentis, sententia. n. 24.

Refutatio. n. 25. & 26.

UT* in deposito non rectè obijcitur compensatio; *l. ult. C. d. compensat. §. in bona fidei 30. instit. d. act.* ita nec in commodato. *l. ult. C. commodat.* ubi rescribunt Dioclet. & Maximian. Imperatores: prætèxtu debiti restitutionem commodati non probabiliter recusari. 2. Facit* hîc optimè: quòd quæ ratio militat in deposito; eadem quoque militet in commodato. In deposito verò perfidiæ militat ratio: ne scil. sub prætèxtu compensationis rebus depositis defraudentur domini. *d. l. ult. C. d. compensat. & §. 30. instit. d. action.* Atquin* eadem & quidem major ratio in commodato obtinet. Nam* commodans commodatario officium præstat, & quidem gratis; cùm tamen depositarius deponenti illud præstet. Ubi* igitur eadem vel major obtinet ratio; ibi quoque eadem obtinere debet juris dispositio. Juxta vulgata. 3. Fortiter* pro eadem sententia concludit: quòd compensatio in rebus fungibilibus locum habeat & sit quantitatis ad quantitatem, non speciei ad quantitatem *l. constat 4. C. d. compensat. l. 6. C. d. R. V. l. si convenerit pr. ff. d. pignorat. act. Boër. consil. 14. Guid. Pap. singular. 293. Joseph. Ludovic. decis. Perusin. 15. & decis. 88.* Si* igitur diceremus, in commodato obijci posse compensationem; rarissimè casus eam obijciendi contingeret: quia* ut plurimum species commodatur, rarissimè quantitas, & non nisi ad pompam; species verò ad quantitatem, vel ad speciem compensari non potest.

Non* obstat *d. §. 30. & d. l. ult. C. d. compensat.* ubi dicitur: in sola depositi actione compensationem obijci non debere. Et enim* cum mollimento & temperamento aliquo hæc Justiniani verba accipienda sunt: sequeretur aliàs illud inconveniens: præter depositum nullum dari casum, in quo compensatio admittatur: cùm* tamen quàm plurimi sint casus, in quibus de jure non admittitur compensatio: quos collegerunt Dd. inter quos Schneidevvinus *ad d. §. 30. n. 35. & mult. seqq.*

Quamvis* verò Franciscus Hotomannus *amicab. respons. 5. libr. 1. c. 21.* respondeat *ad d. l. ult. C. commodat.* eam non de compensatione, sed de retentione intelligendam esse; tamen responsio hæc nobis minimè officit. Nam* loquitur textus indistinctè. Ergò* tam.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13. 14.

15. tam de compensatione quàm de retentione intelligendus erit. Etiam si * etiam textum istum ad retentionem restringeremus, ut in commodato ea locum habere non debeat; tamen per inevitabilem consequentiam exinde concluderetur: denegatâ retentione & compensationem denegari. Difficilius * enim admittitur compensatio quam retentio: namque * compensare prohibitus retentionis jure nihilominus uti potest. *l. si necessarias 8. §. 1. ff. d. pignorat. act.* Johan. Petr. Molignat. *d. retent. q. 90.* Et * licet compensatio non admittatur in debito jurato; *c. 6. x. d. jurejur. c. 10. & 22. d. sponsal.* Soarez. *in commun. opinion. lit. C. n. 151.* tamen retentio admittitur. Capic. *decis. 88.* Et * ergò si in *d. l. ult.* ex mente Hotomanni in commodato non admittitur retentio; certè nec compensatio admittenda erit.
16. Multò * minùs verò adversa nobis erit Jacobi Cujacii *ad d. l. ult.* perversa responsio: dum ibi pro *commodati* legi vult *commendati*, quòd vocabulum pro deposito accipi soleat. *l. 24. ff. deposit.* Tum
17. * quod omnia exemplaria etiam ipsa manuscripta huic lectioni repugnent: tum * quòd aliàs maximè probale sit, *d. l. ult.* de commodato loqui: quoniam scil. lex illa sub titulo de commodato collata est: id * enim quod Cujacius de errore Compilatorum profert, quasi mendo non animadverso textum hunc sub tit. commodat. collocârint, & vanum & divinatorium est.
18. Sed & * hîc quis Hunnii judicium non immeritò desideret: quando *variar. resolut. libr. 3. tract. 3. q. 4.* fundamenta adversariorum, compensationem in commodato simpliciter admittentium, pro adstruenda sententia sua adducit, & hisce nostris positâs fundamentis respondere conatur; & tamen compensationem in commodato, extra casum quo periit res commodata, & ideò ad estimationem veniendum est, admittit: Si * enim de natura est actionis commodati ut ei compensatio objici non possit, neque tum poterit objici, ubi ex accidenti res commodata periit: nam & hoc casu actio hæc cum qualitatibus suis obtinet: inprimis * verò perfidiæ ratio, quam ipse Hunnius tam in commodato quàm deposito admittit, re quoque peremptâ adhuc obtinet. Angel. Salycet. Castrenf. & communiter Dd. *in d. l. 18. §. fin. ff. commod.* Forner. *2 select. 4.* Johan. Althus. *in Dicaologic. libr. 2. c. 16. n. 10.* Treutler. *p. 1. disp. 24. th. 4. lit. E.* ibiq; Bachov. & *p. 1. disp. 26. th. 1. lit. B.*

Controversia XIII.

Res immobilis deponi potest.

Summaria.

Fundamentum hujus opinionis. n. 1. & 2.

Obiectio ex l. 1. ff. deposit. n. 3.

Solutio. n. 4. & 5.

Depositum * dicitur quod custodiendum alicui datur; l. 1. pr. l. Lucius 24. pr. vers. quid est enim aliud. ff. depos. quoniam * autem res immobilis æquè ac mobilis custodiæ alterius demandari potest; l. vendita 11. ibi: in insula custodienda ff. d. peric. & comm. rei vendit. l. dominus 55. pr. ibi: nisi custodiam eorum receperit ff. locat. nihil impedit, quò minùs deponi etiam queat. D. Rümlin. part. 3. Pandect. disput. 8. thes. 2.

Non * obstat l. 1. ff. deposit. ubi depositum à ponendo dicitur; res immobilis autem poni non possit. Quippe * nam Logicam potius quàm Grammaticam notationem considerat Ulpianus in d. l. 1. dum ait: præpositionem de ita augere depositum, ut ostendatur totum fidei depositarii commissum esse, quod ad custodiam rei pertinet. Quo * perspicuè indicat Ulpianus ex eo potius dici depositum, quod custodiæ alterius committatur. D. Harpprecht. hic n. 17. & seqq. tom. 3. D. Bachov. d. disputat. 1. 26. thes. 4. lit. D. Gædd. ad l. sequester. ff. d. V. S.

Controversia XIV.

Depositarius de dolo & lata culpa tenetur.

Summaria.

Quando, dolus, lata, levis & levissima culpa in contractibus præstanda veniant. n. 1.

Depositarius de dolo & lata culpa solùm tenetur. n. 2. & 3.

Limitatur hoc. n. 4.

Limitatur. n. 5.

Ampliatur sententia nostra. n. 6. & 7.

Depositarius de casu fortuito non tenetur. n. 8.

Nisi in mora fuerit depositum restituendi. n. 9. & 10.

Sublimitatur, si depositarius probabilem causam habuerit. n. 11.

Perpetuò * tenenda est Regula, tradita in l. sibi ut certo 5. §. 2. ff. commodat. quod si in contractibus dantis solùm versetur utili-

V u u

tas,

2. tas, & lata culpa, si utriusque contrahentis vertatur utilitas, præter dolum & latam culpam levis quoque; sin verò solius accipientis verſetur utilitas, & levissima culpa præſtari debeat. Cùm * igitur in deposito solius deponentis verſetur utilitas, inde omninò conſe-

3. quens eſt, eum de dolo & lata culpa ſolùm teneri; de * ſe enim queri debet, qui rem negligentiamico commiſerit. *d. l. 5. §. 2. l. contractus 23. ff. d. R. I. §. 3. h. t. l. 1. §. is quoq. §. ff. d. O. & A. l. 1. §. in conducto 10. & §. fin. l. si hominem 7. & l. quod Nerva 32. ff. deposit.*

4. Excipitur * autem ab hac regula: niſi fortè ſummam diligenti-

5. tiam in ſe receperit depositarius: *d. l. 1. §. si convenit 6 ff. deposit. & §. ſepè evenit 35. d. l. 1. vel * niſi ſe deposito obtulerit. d. §. 35. Nicol. Motz. in tract. d. contract. d. divis. deposit. n. 3. Soarez commun. opin. verb. deposit. lit. D. n. 58. & ſeqq. Franciſ. Viv. commun. opin. verbo de-*

6. *positarius.* Non * tamen de levissima culpa tenetur depositarius, ſi propriis rebus ſummam diligentiam adhibere conſueverit. Nemo

7. * enim tenetur talem rebus alienis adhibere diligentiam, qualem

8. rebus propriis adhibere ſolet, niſi lex hoc ipſi injungat. Sed * verò nullam legem invenire potuimus, quæ depositario diligentiam e-

9. juſmodi injungat. Cujac. *libr. 22. observ. 33.*

10. Quibus * conſequens eſt: caſum fortuitum, quem nemo ſa-

11. næ mentis prævidere poterat, depositarium non præſtare. *dd. ll. Si*

12. ** tamen in mora fuerit depositarius depositum reſtituendi, tene-*

tur de fortuito caſu, etiamſi res apud deponentem æquè peritura fuiſſet. *l. inter ſtipulantem. 83. §. Stichum. pen. ff. d. V. O.* Et * ita contra Martinum antiquum Gloſſatorem olim ſenſit Johan. Gloſſator antiquus, Bartol & Dd. communiter in *d. l. 5. ff. d. reb. credit. & in l. 14. §. 1. ff. deposit.* Quorum * ſententiam eatenus admittit Hotomannus: *amicab. reſponſ. 30.* quatenus depositarius probabilem cauſam habuerit non reſtituendi depositum, de quo alibi dicendi locus erit.

Controversia XV.

Propter necessarias impensas à depositario in rem depositam factas retentionis jure uti licet depositario, donec ei refuſio expenſarum facta fuerit.

Summa

Summaria.

Depositarius expensas in rem depositam factas contraria commodati actione consequitur. n. 1.

Status controversiæ. n. 2.

Autoris sententia stabilitur. n. 3. 4. & 5.

Obiectio ex l. si quis 11. C. deposit. n. 6.

Solutio. n. 7. 8. & 9.

Quæ est communis Dd. sententia. n. 10.

Depositarius * depositi actione conventus contraria depo-
siti actione impensas consequi potest, & de hoc nullum est
dubium. l. quod privilegium 8. l. si in Asia 12. & l. actione 23. ff. depo-
sit. An * verò retentionis jure uti possit depositarius, donec ei re-
fusio expensarum facta fuerit; difficilis est controversia. Et * sanè
nos ejus sumus sententiæ: quòd, si liquidæ sint illæ impensæ, con-
cedenda sit retentio. Nam * regula est, propter necessarias im-
pensas in rem alienam factas retentionem esse licitam. l. si necessa-
rias 8. pr. ff. d. pignorat. act. ubi propter necessarias impensas pi-
gnus retinere licet. Et * facit quòd necessaria impensæ jus in re
constituant, & idè propter impensas in dotem erogatas, dotem
retinere liceat, quæ tamen privilegiata est. l. quod dicitur 5. pr. ff. d.
impens. in res dot. fact. & l. unic. §. taceat. versic. necessaria C. d. rei
uxor act.

Neque * obstat l. si quis 11. C. deposit. ubi res depositas illicò
sine ulla exceptione neque compensatione, deductione, vel doli
exceptione opposita restituendas esse deponenti, rescribitur. Et-
enim * hoc quidem ita regulariter verum est; sed tamen non pro-
cedit, quando exceptio illa à depositario opposita ex deponentis
voluntate provenit. Atquin * deponens, antequam rem deposi-
tam perire permisisset, absque ullo dubio vel ipse impensas istas
fecisset, vel facere depositarium passus fuisset. Itaque si in conser-
vanda re deposita impensas facit depositarius, eas deponentis volun-
tate facere videtur. Quam * sententiam contra Johannis Glossato-
ris opinionem secuti sunt Dd. communiter. Placentin. in d. l. 11. Sa-
lycet. in l. si quis C. deposit. n. 9. Bartol. Socin. consil. 171. versic. sed po-
sito Ludovic. Vital. libr. 2. variar. lect. c. 17. Joh. Petr. Molignat. d.
retent. q. 5. Garf. Mastrill. decis. 88. Mandel. consil. 220. vol. 2.

Bach. in not. & animadvers. ad Treutler. p. 1. disp.

26. th. 5. lit. C.

V u u 2

Contro-

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

Controversia XVI.

Cum quantitas non obsignata deponitur, tacite contractum censetur, ut pecunia ista utatur depositarius, vel si expresse convenerit ut utatur, manet depositum.

Summaria.

Quid sit depositum. n. 1.

Depositarius utens re deposita furtum committit. n. 2.

Limitatio. n. 3. & 4.

Status controversiae n. 5. & 6.

Autoris sententia stabilitur, n. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. & 16.

Depositum duplex est, regulare & irregulare. n. 17.

Quid sit regulare & irregulare. n. 18. 19. & 20.

Obiectio ex l. 24. ff. deposit. n. 21.

Responsio. n. 22.

Obiectio ex l. 31. ff. locat. n. 23.

Responsio. n. 24. 25. 26. & 27.

Obiectio ex l. 9. §. fin. ff. d. reb. credit. n. 28.

Responsio. n. 29. & 30.

Obiectio. n. 31. 32. & 33.

Responsio. n. 34. 35. & 36.

1. **D**epositum * est quod custodiendum alicui datum est, l. 1. ff. deposit. sub fide restituendi. d. l. 1. §. si de suo 45. & 46. eod. tit. Hinc
2. * depositarius utens re deposita furtum committere dicitur : nisi
3. * crediderit se non invito domino uti. l. si sacculum 29. ff. d. t. §. furtum 6. instit. d. obligat. quae ex delict. nascunt. Quod * verum est, quan-
4. do pecunia in sacculo sine numeratione deponitur, secus est si fuerit numerata, quo casu depositarius post moram ad interesse tenetur. Aym. Cravett. consil. 106. Joseph. Ludovic. decis. Lucens. 21. n. 21.

5. Unde * ubi quantitas non obsignata deponitur, vel quando expresse convenerit inter contrahentes, ut depositarius utatur pecunia deposita, haud leviter controvertitur, An maneat depositum, si utatur pecunia deposita depositarius, an verò contractus hujus depositi in aliam contractus formam transeat : quae * quaestio insignem effectum juris habet : siquidem depositum privilegium habet, quod contractus mutui non habet. Nos * statuimus hisce casibus
6.
7. sibus

sibus manere depositum neque id in aliam contractus formam mutari. Quod probatur per textum *l. Lucius Titius 24. ff. deposit.* ubi quærit Ulpianus JC. quòd, si Lucius Titius deposuisset nummos apud Sempronium, cum expressa illa lege, non ut eandem quantitatem sed tantundem restitueret cum usuris, an depositum sit an verò mutuum, quia ea res notissimos terminos depositi egrediatur, & concludit tandem JC. noster: contractus legem de usuris præstandis servandam esse. Quid * hoc aliud est dicere, quàm subsistere quidem contractum mutui, ut tamen lex contractus servetur: quoniam * scil. pacta legem dant contractibus, non tamen eos mutant vel transformant. Idem * probat *d. l. si sacculum 29. §. 1.* ubi respondit Paulus JC. quòd, si ex permisso meo deposita pecuniâ is penes quem deposita est, utatur; ut in cæteris bonæ fidei iudiciis, usuras ejus nomine præstare mihi cogatur. Ex * quo textu apparet, non mutui sed depositi contractum ibi esse: tam quòd mutuum stricti juris sit contractus: *arg. §. actionum autem 28. instit. d. act. Bocet. ad l. contractus 23. c. 2. n. 1. & 3.* tum * quod usuræ debeantur quæ ex mutuo, quod gratuitum esse debet, non debentur. *l. rogasti 11. §. 1. ff. d. reb. credit.* Quin * idem evidentius & apertius probat *l. die 25. §. qui pecuniam 1. ff. deposit.* in qua respondet Papinianus JC. Eum qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantandem redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoq; iudicio depositi condemnandum esse. Qui * fanè textus ita apertus est, ut de hoc depositi genere planè dubitari non debeat. Nam * id quod ex bona fide hîc gestum conventumque est, inspicitur, *l. 1. §. si convenit. 5. ff. deposit.* neque * mutuum aut locatio contra agentium intentionem inducitur, nisi mutuum ipsi contrahentes esse voluerint. *d. l. 1. §. si pecunia 22. ff. eod. l. non omnis 19. ff. d. reb. credit.* Ex * quibus concluditur, duo esse depositi in specie genera: regulare scil. & irregulare. Regulare * est: quod modum depositi observat; irregulare verò quod terminos depositi egreditur. Irregulare * rursus duas habet species: altera est cum pacto exprello de utendo & præstando usuras: altera est cum pacto tacito: ut si pecunia obsignata detur; in * utroque tamen specie initium contractus fiat oportet à deponente, aliàs mutuum contractū esse, dubium non habet. Bachov. in not. & animadvers. ad Treutler. p. 1. disp. 16. th. 6. lit. C.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21

Unde * non obstat allegata lex 24. ff. depositi. ubi talis conventio notissimos terminos depositi egredi dicitur. Responde-

22.

mus * namque exinde non sequi, conventionem istam desinere depositum esse: licet natura depositi aliquantulum immutari & reformare contingat. l. pacta conventa 72. ff. d. contrah. empt. vendit. l. juris gentium 7. §. quinimò 5. ff. d. pact.

23.

Non * etiam obstat l. in navem 31. ff. locat. ubi respondit Alfenus JC. quòd, si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, ut neque clusam neque obsignatam traderet, sed adnumeraret, nihil aliud eum debere apud quem deposita esset, nisi ut tantundem pecuniæ solveret in creditum eatur, id est mutuum contrahatur. Re-

24.

spondetur * enim: quòd in d. l. 31. videatur quidem mutuum esse,

25.

non tamen reverà sit mutuum: nimirum * eatenus videtur mu-

26.

tuum esse, quatenus terminos depositi egreditur. Sed * tamen manet depositum, nisi evidenter appareat, alium contractum mu-

27.

tui scil. inire voluisse contrahentes: in * dijudicando namque quis contractus celebratus, mens & intentio contrahentium inspicienda est.

28.

Sed * nec obstat l. certi conditio 9. §. fin. ff. d. reb. credit. ubi respondit Ulpianus JC. quòd si deposuerim apud te decem, postea permiserim tibi uti, etiam antequam moveantur, condicere quasi

29.

mutuo hæc tibi possem. Nam * respondemus: in d. l. 9. ab initio quidem contractum depositi initum, postea tamen ab eo recessum

30.

& mutuum contractum fuisse: proinde * casu isto ideò fit mutuum: quoniam contrahentes mutuum contrahere expressè voluerunt.

31.

Tandem * non obstat: quòd, ubi ita depositum est, ut tantundem redderetur, dominium in accipientem transferatur. Ergò

32.

* non depositum est, sed mutuum: nam mutuum dicitur quod ex

33.

meo tuam fiat. Respondemus * siquidem: hoc casu depositarium non fieri reverà dominum istius pecuniæ ita depositæ, sed domi-

34.

nium penes deponentem manere: ita tamen, ut si velit depositarius eà uti possit, non tanquam verus dominus, sed ex voluntate deponentis, si * namque hoc actum fuerit, ut dominus istius pecuniæ esse debeat depositarius, contractum hunc potius mutuum quàm depositum dixerimus: sic enim recessum videretur à priori depositi

35.

contractu & alius initus, nempe mutui contractus: nisi * contractum

etum istum ratione initii depositum dicere velis, ut Doctores volunt. *Add. Matth. Wessenbec. in w. ff. deposit. n. 5. Sichard. ad rubric. C. eod. tit. n. 4. Duaren. ad eund. tit. c. 4. Treutler. d. p. 1. disput. 26. thes. 4. ibique Hunnius in resolut. & variar. resolut. libr. 3. tract. 3. p. 4. q. 2.*

Controversia XVII.

Sequester non possidet.

Summaria.

- Duplex est depositum, in specie ita dictum & sequestratio. n. 1. & 2.
 Indubium est, depositarium non possidere. n. 3.
 De sequestre ardua controversia est. n. 4.
 Florentini I.C. responsum, sequestrem possidere in l. 17. §. 1. ff. deposit. n. 5.
 Iuliani I.C. responsum, sequestrem non possidere, in l. 39. ff. d. adquir. vel
 amitt. possess. n. 6.
 Sensus istius responsi. n. 7. 8. & 9.
 Quomodo Florentinus cum Iuliano conciliandus sit, Dd. variant, n. 10.
 Accursii & Bartoli conciliatio. n. 11. & 12.
 Refutatio. n. 13.
 Panormitani distinguuntis conciliatio. n. 14.
 Reiectio. n. 15. & 16.
 Bachovii conciliatio. n. 17.
 Reiectio. n. 18. & 19.
 Hugonius Donelli, Hunnii & Pacii distinguuntium conciliatio. n. 20.
 Refutatio. n. 21. & 22.
 Marthæi Stephani & Andrea Cludii conciliatio. n. 23.
 Responsio. n. 24.
 Autoris conciliatio. n. 25. usq. ad fin.

Depositum * vulgò Dd. duplex constituunt, unum in specie ita dictum & alterum sequestrationem. l. ei apud quem §. sequestem 1. & §. 2. l. si hominem 7. pr. l. si in Asia §. cum sequester & l. servus tuus pen. ff. deposit. Azo. in suum. Codic. h. t. Oldendorp. class. 4. act. 23. Sicut * verò is apud quem res deponitur depositarius dicitur, ita is apud quem fit sequestratio, sequester. De * depositario res plana est, quod non possideat: siquidem est solum in possessione eamq; deponentis nomine retinet. l. licet 17. §. 1. ff. deposit. De * sequestre autem gravis est inter Dd. nostros controversia, an possideat: propter diversorum Jcc. responsa, qui sibi in specie contrariari videntur, Nam * in d. l. licet §. 1. respondit Florentinus J.C. Rei depositæ proprietatem non solum apud deponentem

1.

2.

3.

4.

5.

- nentem manere, sed & possessionem, nisi apud sequestrem deposita sit: subjiciens rationem, quòd tum demum sequester possideat: id enim agatur eà depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat. Cui * Juliani responso contrarium responsum dare videtur Julianus JC. in l. interesse puto 39 ff. d. adquir. vel amitt. possess. ubi respondet JC. quòd intersit, quàm mente apud sequestrem deponatur res, nam si amittendæ possessionis causâ, & hoc apertè fuerit probatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procedat. At si custodiæ causâ deponatur, ad usucapionem ea possessio procedat. Ex * quo Juliani responso clarissimè constat: regulariter possessionem in sequestrem non transire, nisi expressè hoc & apertè actum fuerit. Videre * sanè non possumus, quid clarius à JC. dici ac proferri potuerit. Ergò * huic Juliani responso inhaerendum erit, quòd sc. possessio in sequestrem non transeat: donec contrarium manifestè probetur.
10. Quomodò * autem Florentinus conciliandus sit cum Juliano nostro, de eo certè varia est apud Interpretes disputatio, quorum opiniones recenset & refutat Nicolaus d. Passeribus à Genoa
11. in conciliat. leg. p. m. 296. & seqq. Nos * præcipuas hîc referemus &
12. quid de iis sentiendum, brevibus subjiciemus. Et * quidem Accursius & Bartolus ad dd. ll. responsa ista ita conciliare volunt: quòd possessio non transeat in sequestrem: nisi hoc actum fuerit, quam regulam esse dicunt & rectè, in hoc verò malè: quòd * in dubio præsumant illam regulam: si enim apertè hoc agi debet, certè præsumendum non erit: quæ enim facti sunt, minimè præsumuntur, sed probari debent.
14. Panormitanus * c. 2. d. sequestrat. possess. & communiter Dd. distinguunt inter voluntariam & necessariam sequestrationem, quæ scil. fit à judice: ut per hanc possessio amittatur & in sequestrem
15. transferatur. Verum * contrarium videtur hîc potius dicendum, ut partium consensu faciliùs transferri possit possessio in sequestrem, quàm judicis sequestratione: neque * enim judex absque sufficienti causæ cognitione, quæ in sequestrationis actu fieri non potest, possessionem partibus auferre & in tertium transferre poterit.
17. Reinhardus * Bachovius in not. & animadvers. ad Trentl. p. 2. disp. 21. th. 4. lit. F. hîc respondit: quòd in d. l. 17. sequester victoris nomine

nomine possideat. Quod * quidem verum est ; sed tamen rei non sat s'facit : semper enim sequester quando in ipsum possessio translata non est , veri possessoris sive victoris nomine possidet. Verum * *d. l. 39* de vera sequestris possessione loquitur , non de illa quam possessoris nomine detinet. Ergo alia hîc quærenda conciliatio.

Hugo * Donellus *comment. libr. 5. c. 14*. Hunn. *in resolut. ad Treutl. d. l. & variar. resolut. libr. 3. tract. 3. q. 4.* & Jul. Pac. *in verno-
pav. cent. 4. q. 5.* distinguunt inter rem ipsam sive proprietatem, & inter possessionem sequestratam , ut hoc casu possessio transeat in sequestrem. Sed * nec hæc conciliatio satis placet : non tam quod proprietate sequestratâ indubium sit, possessionem non transire, cum proprietas quæ diversa à possessione specificè sequestrata : quàm potius, quod conciliatio isthæc ad id tendat, expressè & apertè esse sequestrandam possessionem ; quod * verum est, sed non-
dum *ad d. l. 17.* responsum.

Matthias Stephani * *disp. jur. disp. 3. decis. 10. part. 2. vol. 1.* hunc-que secutus Andreas Cludius *d. sequestrat. c. 9. n. 26.* ita sentiunt : quod nulla sequestrationis species possessionem regulâriter transe-
rat, sed custodiam tantum exigat : nisi hoc à partibus expressum fue-
rit : nam aliud sit custodire, aliud possidere. Quæ * quidem vera est
sententia, sed tamen nec hæc Florentini responso satisfacit.

Verum enim verò * ut nostram tandem sententiam subjicia-
mus : Nos sentimus, nullam planè difficultatem in hac controver-
sia subesse , modò textus invicem oppositi , quid velint, pensacula-
tiùs ponderentur. Hoc * certum est : vigore Juliani responsi *in d.
l. 39* possessionem in sequestrem non transire, nisi apertè hoc actum
fuerit. Cui * minimè adversum videtur Florentini responsum *in
d. l. 17.* Nam * hoc sibi vult responsum istud : quod neque proprie-
tas rei neque possessio transeat in depositarium ; non proprietas :
quia in deposito eadem res in specie restituenda est : non possessio :
quia de natura est contractus hujus, ut res custodienda detur : quæ
sanè custodia & nuda detentio veram possessionem sub nullo præ-
textu inferre potest : ut idèò depositarius detineat solum pos-
sessionem deponentis ; cum non ei dejecto de possessione , sed
ipsi deponenti possessoria juris remedia competant. Quod * intel-
ligendum est de deposito in specie ita dicto , ut scil. neque si partes

30. voluerint, possessio in deponentem transire possit: quia * hoc contra naturam est depositi, ut maneat depositum & possessio simul in depositarium transeat. Verum * aliter comparatum est in sequestro, cujus possessio transferri potest in sequestrem, nimirum quando hoc secundum d. l. 39. aperte & manifeste agitur, ut quando expresse partium conventionem ita res sequestrata est, ut possessio in sequestrem transire debeat. Quando * namq; sequestratur res, fit sequestratio ista vel ratione nudæ detentionis ut in deposito, vel ratione veræ possessionis: & quidem in dubio ratione nudæ detentionis. Ut * adeo hic inepte videatur distinctio allegari ante tradita, inter proprietatis & possessionis sequestrationem. Et * ergo hoc indicare voluit Florentinus in d. l. 17. depositi possessionem nunquam transire in depositarium: at * in sequestrem transire possessionem, cæteris tamen paribus, tum sc. quando partes expresse & aperte hoc egerunt. Proinde * oppositio in d. l. 17. inter hæc duo consistit: quod sc. possessio in deposito nunquam transeat, at verò in sequestratione quidem regulariter non transeat, sed tamen transire possit, quando sc. de hoc nominatim convenit, ut in sequestrem transire debeat. Et * hic videtur genuinus & germanus sensus esse istorum responsorum: qui eum acceptare diffitetur, eligat quem velit, hic mihi solus placet.

Controversia XVIII.

Si res aliena pignori obligetur, dominus verò debitori hæres extiterit, creditori utilis conceditur pignoratitia actio.

Summaria.

Status controversiæ. n. 1.

Ratio dubitandi pro negativa sententia. n. 2.

Pauli IC. responsum in l. 41. ff. d. pignorat. act. n. 3.

Modestini IC. contrarium responsum in l. 22. ff. d. pignor. & hypothec. n. 4.

Quæ duo responsa contrariari sibi videntur. n. 5.

Accursii & Bachovii conciliatio. n. 6.

Refutatio. n. 7 & 8.

Hermanni Vultreij conciliatio. n. 9.

Quam Autor sequitur & confirmat. n. 10. & 11.

Contro-

Quæstio* est talis quæ hîc proponitur: Titius rem Mævii pignori obligavit, postea verò Titio Mortuo Mævius successit, quæritur an reconvalescat pignus, an creditori adversus hæredem, cujus res pignori obligata fuit, pignoratitia concedi debeat actio? Ratio* dubitandi est: quòd eo tempore, quo res obligata fuit pignori, aliena fuerit. De qua sanè quæstione sibi contrarios fuisse Jcc. videri posset. Nam* *in l. rem alienam 41.* respondet Paulus JC. quòd si ego Titio, qui rem meam obligaverat sine mea voluntate, hæres existerim, creditori utilis pignoratitia actio adversus me non detur. Contrarium* verò responsum dare videtur Modestinus JC. *in l. si Titio 22. ff. d. pignor. & hypothec.* ubi respondet: si Titio, qui rem meam ignorante me creditori suo pignori obligaverat, hæres exitero, ex postfacto pignus directò quidem non reconvalescere, sed utilem pignoratitiam dari creditori. Quæ* duo sanè responsa sibi è diametro contraria esse videntur, ita ut Doctores in varias sententias traxerint: quas retulit & refutavit Nicolaus d. Passeribus à Genoa *in conciliat. leg. pag. m. 281.* qui ibi videri potest.

Minus* rectè autem Accursius *in d. l. si Titio verb. pignorat. & Bachovius p. 2. disput. 1. Treutl. th. 5. lit. A. pag. 28.* adducta responsa conciliant, distinguendo inter jus strictum & jus æquum, & *d. l. 41.* de jure stricto; *d. l. 22.* verò de jure æquo accipiendo: siquidem* utilis actio semper ex æquitate datur. *l. in summa 2. §. item varus 5. versic. quanquam ff. d. aqu. plu. arcend.* Si* itaque utilis actio semper ex æquitate datur, malè ita distinguitur.

Rectius* igitur adducta responsa in concordiam redigit Hermannus Vultejus *disceptat. scholasticar. 17.* quòd intersit, an reclamante & contradicente domino res aliena pignori obligata fuerit; an verò tacente, connivente vel ignorante domino, ut illo demum casu utilis pignoratitia denegetur actio, de quo accipiendus est Pauli responsum *in d. l. 41.* Quam* conciliationem nobis supeditant illa verba *in ead. l. 41. sine mea voluntate*, quæ contradictionem domini arguunt: quod* enim fit sine voluntate mea, id certè contra meam voluntatem fieri videtur. Eandem conciliationem amplexus quoque est Præceptor quondam noster Dn. Martinus

Rümlinus *p. m. in part. 3. pandect. disput. 5. th. ult. Treutler. p. 2.*

disp. 1. th. 5. lit. A. Nicol. d. Passer. à Genoa d. l.

n. 29. & seqq.

Xxx 2

Con-

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

Controversia XIX.

*Creditor de pignore dolum, latam, levem, non
levissimam culpam prestare tenetur.*

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. & 4.

Obiectio ex l. si cum venderet 13. §. 1. ff. d. pignorat. act. n. 5. 6. & 7.

Cujacii, Bocerii & Harpprechtii Solutio. n. 8.

Quæ non acceptatur. n. 9.

Autoris conciliatio. n. 10. & 11.

1. **R**epetenda * hîc venit regula in l. si ut certo 5. §. 2. ff. com-
modat. tradita, cujus hætenus non semel mentionem fecimus:
quod quotiens utriusq; contrahentis utilitas versatur, præter do-
lum & latam culpam, levis quidem non tamen levissima præstanda
2. veniat. Pignus * verò utriusq; contrahentis, tam debitoris quàm
creditoris causâ contrahi; tradit Justinianus Imperator in §. credi-
tor. 4. h. t. Et * quidem debitoris causâ, ut subjicit ibi Justinia-
nus, quò magis ei pecunia credatur, creditoris, quò magis ei in
tuto sit creditum. Unde * consequitur jam, creditorem de pigno-
re levem duntaxat non levissimam culpam præstare teneri.

3. Cui * valde obstare videtur l. si cum venderet 13. §. 1. ff. d. pig-
norat. act. ubi respondet Ulpianus J.C. in pignoratitia actione veni-
re & dolum & culpam, ut in commodato venit & custodia; vim ma-
jorem non venire. At * verò in commodato culpa levissima absq;
6. ullo dubio præstanda venit. Et * facit contra hanc opinionem
7. nostram imprimis etiam: quòd solus casus fortuitus excipiat in
d. l. 13. in fin.

8. Cujacius * observat. libr. 19. c. 24. eumque secuti D. Bocer-
rus ad l. contractus 23. ff. d. R. l. n. 74. & D. Harpprechtus ad d. §. 4.
h. t. n. 312. ad h. l. respondent: eam de casu esse accipiendam, quo
9. solius creditoris gratiâ pignus constitutum fuit. Verùm * cum ne
verbulo quidem casus hujus singularis in legibus nostris fiat men-
tio, & pignus semper in utriusque tam debitoris quàm creditoris
gratiâ constitui censeatur, juxta d. §. 4. generalitas etiam textus re-
clamet; ideoq; solutionem istam acceptare non possumus. Respon-
dendum * igitur hîc erit: quòd, quoniam culpa levissima vix sit cul-
pa & in iis etiam contractibus, qui summam exigunt diligentiam,

tantum

tantum simpliciter doli & culpæ mentio fiat; ideoque quod hîc de-
est ex aliis locis supplendum sit: inprimis * verò quoniam deci-
dendi rationem, quare ad exactam diligentiam (quæ ibi exactissi-
mæ & rursus hæc alibi levissimæ culpæ opponuntur) in eo quærit
& ponit Imperator, *in d. §. 4.* quod pignoris contractus utriusque
tam debitoris quam creditoris gratiâ contrahatur. Ergò *d. l. 13. §. 1. &*
d. §. 4. h. t. de culpa levi exaudiendi erunt. *Vid. Bachov. ad d. §. 4. &*
in tract. d. pignor. libr. 5. c. 11. n. 3. & 4.

Controversia XX.

*Invecta & illata in prædium urbanum domi-
no ædificii tacitè pro mercede & damnis ob-
ligata sunt.*

Summaria.

Pignus & hypotheca quomodò differant. n. 1.

Vnde dicatur pignus. n. 2.

Pignus & hypotheca interdum confunduntur. n. 3.

Divisio pignoris in expressum & tacitum n. 4.

Quid sit tacitum pignus. n. 5.

Invecta & illata in prædium urbanum domino tacitè obligata sunt. n. 6. & 7.

Quando illata & invecta in prædium rusticum tacitè obligata censeantur. n. 8.

9. & 10.

Quæ diversitatis ratio sit inter prædium urbanum & rusticum. n. 11. 12. & 13.

Nonnulli interpretes in invectis & illatis in prædium rusticum expressam
conventionem exigunt. n. 14.

Quorum opinio rejicitur. n. 15. 16. & 17.

Pignus * & hypotheca in hoc differunt: quòd illud sit rei mo-
bilis, hæc verò rei immobilis. Unde * pignus à pugno tradi
dicitur, quòd de manu in manum tradatur; *l. plebs. 235. §. pignus*
2. ff. d. V. S. interdum * verò hæc voces confundi, constat ex *l. 5. §.*
inter pignus 1. ff. d. pignor. & hypothec. l. 1. ff. d. pignorat. act. Est *
verò pignus vel expressum vel tacitum. *l. pen. ff. in quib. caus. pign.*
tacit. contrah. Tacitum * pignus ex dispositione legis vel statuti
introducitur. Invecta * quoque & illata in prædium urbanum
ædificii domino tacitè pro mercede & damnis obligata sunt. Quod
* probat *l. Pomponius 2. ff. in quibus caus. pign. vel hypthec. tacit. con-*
trah. l. eo jure 4. pr. eod. & l. 6. d. t. l. item quia 4. ff. d. pact.

Sed * quid de illatis & invectis in prædium rusticum dicen-

XXX ;

dum

9. dum, An & hæc domino prædii pro mercede & damnis tacite obligata sint? Quæ * tum demum tacite obligata censentur, si sciente domino illata sint & invec̃ta: per * *l. certi juris 5. C. locat.* ubi rescribit Alexander Imperator: ea quæ voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris jure dominis prædiorum teneri. Quando verò domus locatur, non sit necessaria in re b^o inductis vel illatis scientia domini. Diversitatis * ratio inter prædium urbanum & rusticum hæc est: quòd in rustico fructus tacite sint obligati; *l. in prædiis 7. ff. d. t. l. 3. C. eod.* nulla * igitur necessitas cogit, ut invec̃ta & illata tacite obligata esse debeant, nisi scientia domini accedat. Sed * in urbano prædio illata & invec̃ta idèd ignorante etiam domino tacite obligata censentur: quia præter ea nihil ibi reperitur, quod pignoris nexu obligari possit.
10. Nonnulli * in illatis & invec̃tis in rusticum prædium expressam conventionem desiderant: idq; per *d. l. 5. C. locat. d. l.* illa verba, *quæ voluntate dominorum, &c.* malè interpretantes, quasi expressam conventionem importarent. Etenim * quomodò verba hæc *quæ voluntate &c.* debeant intelligi, *ex versic. quando autem &c.*
11. apparet: ubi habetur: in inductis & illatis in domum, domini scientiam necessariam non esse; ut * igitur vera sit casuum oppositio in *d. l. 5.* necessum est: ut sicut *d. l. 5.* pars posterior de ignorantia loquitur; ita etiam *d. l. 5.* pars prior de scientia domini intelligatur: oppositio * namque in contrariis terminis debet versari, nisi vel ratio, vel lex aliud velint.
- 12.
- 13.
- 14.
- 15.
- 16.
- 17.

Controversia XXI.

Mulier in dotis repetitione creditoribus expressam hypothecam anteriorem habentibus non præfertur.

Summaria.

Mulier pro dote recuperanda in bonis mariti jus tacitæ hypothecæ & prælationis habet. n. 1.

Quod jus ipsis adversus creditores expressam hypothecam anteriorem habentes non competit. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Objectio ex *l. assidui 12. C. qui potior. in pignor.* n. 9.

Solutio. n. 10.

Opinio nostra communis & in Camera Imperiali practicata est. n. 11. & 12.
Atque statuto Wirtembergico comprobata. n. 13.

Mulier *ratione dotis allatae non solum jus tacitae hypothecae, sed etiam praelationis in bonis mariti habet. §. fuerat. 28. instit. d. act. l. assiduis 12. C. qui potior in pignor. Verum *an jus hoc praelationis ipsis etiam adversus creditores expressam hypothecam anteriorem habentes competat, de hoc inter Dd. controversatur. Ubi *nos negativam sequimur sententiam. Nam *qui prior tempore, etiam potior est jure l. 3. in fin. l. licet 7. C. d. t. Qui *regulam hanc pro se habet, is certe fundatam intentionem habere videtur. Sanè *magna esset iniquitas, si mulier in dotis repetitione omnibus aliis creditoribus expressam hypothecam anteriorem habentibus praeferreretur: constat *namque creditoribus hisce jus quæsitum esse, quod certe debitor uxorem ducendo auferre eis non potest. Neque *etiam doti ita favendum est, ut aliis injuriam faciamus, c. ex tenore x. d. for. competent.

Non *obstat l. assiduis 12. C. qui potior in pign. ubi Justinianus Imperator mulieribus contra omnes penè personales actiones privilegia tribuit, & creditoribus aliis licet fuerint anteriores praefert. Etenim *textus iste non de creditoribus expressam anteriorem hypothecam, sed tacitam habentibus loquitur, hisce quidem mulier non verò illis praefertur.

Quæ *opinio à Dd. communiter recepta est, in Camera Imperiali *practicatur: Gail. 2. observ. 25. n. 12. & *à jure Wirtembergico comprobatur. Fürstl. Würtemb. Landrecht. part. 1. tit. 75. §. eingefest außerrückentliche verschriebne 2c. ibi: Es sollen auch die Frauen. fol. 211. ibiq. Plebst. disput. 1. th. 165. Didac. Covarruv. variar. resolut. libr. 1. c. 6. n. 1. versic. tertia conclusio pag. 35. Anton. Negusant. in tract. d. pignor. & hypothec. 2. membr. 5. part. pr. n. 16. Wessenbec. in w. ff. qui potior in pign. habeant. num. 3. Johan.

Köppen. decis. 28.

n. 29.

✠ (o) ✠

✠

De

De
VERBORUM OBLIGA-
tionibus.

TITULUS XVI cum 3. seqq.

Controversia I.

Stipulatio est contractus juris Gentium.

Summaria.

Contractum esse stipulationem probatur. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Objectio ex l. Labeo 19. ff. d. V. S. n. 9.

Solutio. n. 10. & 11.

Contractum juris Gentium esse stipulationem probatur. n. 12. & 13.

Stipulatio quatenus ei inest conventio juri Gentium conveniens est n. 14. & 15.

IN controversiam vocatur, An stipulatio sit contractus, & si est qualis sit contractus, an juris Civilis, an verò juris Gentium. Ad
* primum quod attinet, quòd contractus sit stipulatio, apud nos nullum dubium habet. Quod * manifestè satis probat § *fin. instit. d. obligat.* ubi Justinianus Imperator species facit obligationum easq; dividit: quòd aut ex contractu sint, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio aut ex quasi maleficio. Et * deinde prius agere se velle dicit Imperator de iis, quæ ex contractu sint. Quorum quatuor sint species: aut enim re contrahantur, aut verbis, aut literis, aut consensu. Si * autem contractus non esset stipulatio, Justinianus eam malè inter species contractuum retulisset. Idem probat *pr. h. t. junct. pr. tit. d. obligat. quæ ex quasi contract. nascunt junct. pr. instit. d. obligat. quæ quasi ex contract. nascunt.* Cùm * enim Imperator de contractu, quo contrahitur verborum obligatio, sibi tractare proposuisset & ex professo quoque tractasset, subjicit *in d. pr. d. obligat. quæ quasi ex contract. nascunt.* post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non propriè ex contractu intelliguntur. Quibus * verbis clarè satis indicat Justinianus, quòd in præcedentibus de veris & propriis contractibus, inter quos etiam fuit verborum obligatio, differuerit. Quid * verò multis hîc opus, tædiosum est, ejusmodi quæstiunculis immorari. Quin * infinitis etiam locis contractus vocatur stipulatio: ve-

luti

luti in l. 1. §. 3. versic. adeò ff. d. pact. l. 2. ff. d. novat. l. 5. §. quoniam ff. d. reb. credit. l. contractus 17. C. d. fid. instrument. l. in contractibus C. d. non numerat. pecun. l. 7. C. quæ vi met. caus.

Obicitur * l. Labeo 19. ff. d. V. §. ubi definitur contractus 14. ultro citroque obligatio; stipulatio verò non contractus *δηπλευρος* sed *μονόφλευρος* est. Verum * respondetur in d. l. 19. contractum strictissimè sumi, ibiq; contractus solum ultro citroque obligatorios definiri. Exinde * verò non sequitur: stipulationem contractum non esse, licet speciem istam contractuum *δηπλευρων* non ingrediatur.

Quod * verò contractus juris Civilis sit stipulatio, hoc tam clarum est, ut nihil clarius videatur. Nam * talis contractus, qui præcedente interrogatione & subsequente in continenti congruâ responsione fiat, simplicitati juris Gentium convenire non videtur: atq; contractus iste juri quòq; Gentium planè incognitus fuit.

Cæterum * quatenus stipulatio in genere consideratur & ei conventio inest, aliquo modo juris Gentium conveniens esse dici potest: aliàs * verò solius est juris civilis, penè enim omnem substantiam suam à jure Civili habet, ideoq; juris civilis non juris Gentium contractus dicendus est.

Controversia II.

Inutilis est stipulatio, si quis ad ea quæ interrogatus non aptè, nec congruenter responderit.

Summaria.

Exemplum stipulationis hujus. n. 1.

Limitatio. n. 2. 3. & 4.

Aliud exemplum. n. 5. & 6.

Limitatio. n. 7.

Iacobi Cuiacii, contrariam defendentis sententiam, argumentum. n. 8.

Solutio. n. 9. & 10.

Secundum Cuiacii argumentum. n. 11.

Solutio. n. 12.

Tertium Cuiacii argumentum. n. 13.

Solutio. n. 14.

Quando * quis ita stipulatur: decem aureos dare spondes, aliter verò quinque respondeat & promittat; inutilis dicitur hac stipulatio in §. 5. d. inutilib. stipulat. Quod tamen respectu totius

3. tius summæ intelligendum erit. Nam * utilis pronunciatur stipulatio illa, *in l. 1. §. si stipulanti 4. ff. d. V. O.* veluti si quis viginti stipuletur, interrogatus autem decem respondeat: nimirum * quò ad summam concurrentem: manifestissimum enim est, viginti & decem inesse.
- 4.
5. Item * inutilis est stipulatio: si quis purè stipuletur, promissor verò vel sub conditione, vel in diem responderit. Quæ * stipulatio non solum ratione solennitatis, quòd non aptè nec congruenter ad interrogata responsum sit, sed etiam propter consensus defectum inutilis & imperfecta est. Si * tamen diversitas responsionis illicò placuerit stipulatori, utilem fieri stipulationem; respondit Vlpianus J.C. *in d. l. 1. §. si quis simpliciter 3. ff. d. V. O.*
- 6.
- 7.
8. Quibus * objicit Jacobus Cujacius *ad d. l. 1. §. 4.* quòd hæc lex sit & conditio obligationis, ut idem & eadem qualitate obligationis respondeatur: nimirum ut id, quod est in stipulatione, etiam in responsione esse debeat. Respondetur: * quando diversitas responsionis illicò placuit stipulatori, stipulationem hanc non ex præcedente interrogatione & responsione, sed ex nova obligatione & stipulatione vires suas accipere & subsistere: quod * exprimit Vlpianus *in d. §. 3. circa fin.* dum dicit: *tunc enim alia stipulatio contracta esse videtur.*
- 9.
- 10.
11. 2. Objicit * Cujacius *d. §. 5.* ubi simpliciter & absolutè sine ulla exceptione & conditione tradatur, quòd, si quis purè stipuletur, alter sub conditione vel in diem respondeat, inutilis sit stipulatio. Respondetur * Justinianum Imperatorem ibi Regulam proponere, quæ tamen exceptiones suas minimè respuit; ideoq; exceptio ista ex aliis locis nimirum ex Vlpiano *d. l.* supplenda erit.
- 12.
13. 3. Objicit * Cujacius: id quod ab initio vitiosum ex postfacto non reconvalescit. Respondetur * ut ante responsum: stipulationem hanc ex nova obligatione subsistere, non ex præcedenti, quæ vitiosa fuit. *Vid. Gædd. d. contrah. & committ. stipulat. c. 3. n. 37. & seqq. Donell. & Duaren. ad d. l. 1. §. 3. Hunn. variar resolut. libr. 3. tract. 4. q. 5.*
- 14.

Controversia III.

Impersonalitas stipulationem non vitiat.

Sum-

Summaria.

Exemplum hujus stipulationis. n. 1.

Ratio hujus opinionis. n. 2. & 3.

Obiectio ex *auth. si quando C. d. constit. pecun. & Novell. 115. c. 6.*

Solutio. n. 5. & 6.

Instantia. n. 7.

Solutio. n. 8. & 9.

UT * si quis ita stipuletur: Dabis? dabitur. Nam * respon-
sionis generalitas ad præcedentem interrogationem revocari
debet. Et * verbum ambiguum ita potius interpretandum est, ut
valeat actus, quàm ut pereat.

Neque * obstat *auth. si quando C. d. constit. pecun. Novell. 115. c. 6.* ubi ait Justinianus Imperator: nullum esse constitutum, si quis dixerit: *Satisfiet*. Diversa * enim est ratio constituti & stipulationis hujus: quippe * constitutum ut plurimum nudo pacto absque interrogatione perfici solet, quo casu impersonalis responsio ad nullam interrogationem reduci posset. Andr. Alciat. 2. parerg. 18. Frustrà * autem hîc instaret quis: & constitutum præcedente interrogatione fieri posse. Etenim * hoc casu procul dubio aliud dicendum foret: cum responsio ad interrogationem reduci posset: ut proinde *d. Novell. & auth. de * casu illo intelligi debeant*, quo absq; interrogatione constitutum peractum est. Bachov. part. 2. disput. 27. lit. E. pag. 828.

Controversia IV.

Res quæ in commercio non est, male in stipulationem deducitur.

Summaria.

Res quæ planè in commercio non est, in stipulationem deduci non potest.
n. 1. 2. & 3.

Si res secundùm quid in commercio non est, quid statuendum. n. 4.

Distinguitur. n. 5. & 6.

Res * quæ planè in commercio non est, veluti res Sacra, Religio-
sa, liber homo &c. nullâ ratione in stipulationem deduci po-
test; §. 1. & 2. *d. inutilibus stipulat. §. Sacrae instit. d. R. D. l. 1. § 9. ff. d. O. & A. cum similibus* ita * ut nec æstimatio ejus debeatur: cum *
res omninò non debeatur, atque adeò nulla sit stipulatio §. non sò-
lùm 4. *instit. d. legat. l. cum servus §. ult. ff. d. legat. 1.* Verùm * si res

5. secundum quid in commercio non sit, tum distinguendum est: An
 * in stipulatoris, an verò in promissoris commercio non sit: hoc ca-
 su non verò illo aestimatio solvi debet. *l. multum interest 34. ff. d. V.*
 6. O. Et * idem juris in legatis obtinere, *libr. 2. tit. 20. controvers. 3. evi-*
 cimus.

De FIDEJUSSORIBUS.

TITULUS XXI.

Controversia I.

*Fidejussor nudæ civili obligationi accedere non
potest.*

Summaria.

Ut fidejussio teneat, principalis adesse debet obligatio. *n. 1. & 2.*
 Omni obligationi accedere potest fidejussio. *n. 3.*
 An nudæ civili obligationi, controversum est. *n. 4.*
 Negativa sententia probatur. *n. 5. 6. & 7.*
 Obiectio ex §. 1. *h. t. n. 8.*
 Solutio. *n. 9. & 10.*
 Alia obiectio. *n. 11.*
 Solutio. *n. 12. 13. & 14.*

1. **U**T * fidejussor pro alio intervenire possit, necessum est, ut
 2. vel jam vel futura sit obligatio: nam * fidejussio est accesso-
 ria principalis obligationis, quâ non interveniente vel non subsi-
 stente, nec fidejussio subsistere poterit. *l. si quis 56. pr. ff. h. t.* Omni
 3. * autem obligationi accedere potest fidejussio, sive re, sive verbis,
 sive literis, sive consensu contracta fuerit: sive civilis sive natura-
 lis: modo legibus non sit improbata. §. 1. *h. t.*

4. Verum * quid sentiendum erit de nuda civili obligatione,
 quæ nullo æquitatis naturalis vinculo subnixa est, & quæ opposita
 non solum exceptione perpetuâ elidi, sed etiam ubi solutum con-
 dici potest? *l. quæ exceptione 40. ff. d. condict. indebit. l. si non sortem 26.*
 5. §. 3. & §. adeo 7. *ff. h. t.* Et * sanè de hac idem sentiendum non erit:
 quod probat *l. si quis 37. ff. h. t.* ubi respondit Paulus JC. si quis, post-
 quam tempore transacto liberat⁹ est, fidejussorem dederit, fidejusso-

rem

rem non teneri: quoniam erroris fidejussio nulla sit. In * plus etiam obligari non potest fidejussor, quàm principalis obligatus est. §. plus fidejussores 4. h. t. l. fidejussores 65 §. 1. ff. eod. tit. Cùm igitur * obligatio principalis planè non teneat, & sic nullum producat effectum, nec etiam respectu fidejussoris effectum aliquem producere poterit.

Neque * obstat §. 1. h. tit. ubi etiam civili obligationi fidejussio accedere dicitur. Respondemus * enim distinguendo inter civilem obligationem, quòd alia sit nuda, alia verò præsumptivè mixta: hanc * dicimus literarum obligationem, quæ quidem ad mixtas obligationes, quæ partim sunt naturales, partim civiles, aliàs non refertur, quasi verè sit talis; ad eas tamen præsumptivè refertur & præsumptivè mixta est: quoniam sc. licet actio ex literarum obligatione intentata exceptione elidi possit, tamen lex præsumat, realem intervenisse numerationem; ideoq; subsistit ipso jure actio, etiamsi exceptione non numeratæ pecuniæ elidatur.

Non * obstat etiam quòd naturali obligationi accedere possit fidejussio §. 1. h. t. l. quod enim 7. l. fidejussor 16. §. fidejussor 3. ff. eod. tit. Respondemus * namque diversam esse rationem inter hanc nudam civilem & naturalem obligationem: illa enim nullum effectum juris habet, hæc verò habet effectum juris: ut * quod novari possit: l. 1. ff. d. novat. in constitutum deduci: l. 1. §. 7. ff. d. constit. pecun. & compensari, l. 6. ff. nec solutum ex ea condici. l. naturaliter 13. ff. d. condict. indebit. Ex * nuda civili obligatione verò solutum repeti potest. d. l. 40. eod. tit. & l. 26. §. 3. & 7 ff. h. t. id. V. Bachov. in not. & animadvers. ad Treutl. p. 2. disput. 28. th. 3. lit. C. & in comment. in instit. ad d. §. 1. n. 4. Anton. Hering. d. fidejussor. c. 11. n. 186. & seqq. Gædd. d. contrah. stipulat. c. 5. conclus. 6.

Controversia II.

In criminalibus fidejussor intervenire potest.

Summaria.

Omni obligationi, etiam quæ ex delicto vel quasi descendit, accedere potest fidejussio. n. 1 & 2.

Autor in hac controversia distinguit inter pœnam pecuniariam & corporis afflictivam. n. 4.

In criminibus pœnam corporis afflictivam imponentibus fidejussor intervenire potest. n. 5. 6. & 7.

In criminibus pœnam corporalem infligentibus secus est. n. 8. 9. 10. 11. & 12.
Limitatur in reo nondum convicto, & si honesta persona esset. n. 13. 14. 15. 16.
& 17.

Sublimitatur in criminibus atrocibus. n. 18.

1. **D**iximus * in controversia præcedenti: omni obligationi ac-
cedere posse fidejussorem, siue sit naturalis, siue civilis, siue
ex contractu vero vel quasi, siue ex delicto vel quasi descendat: quod
2. quidem in delictis privatis dubium nullum habere videtur, qui-
bus pecuniarium commodum persequimur: An * verò in crimi-
3. nibus publicorum judiciorum fidejussor intervenire possit, illud
4. magis habet dubium. In * cujus controversiæ decisione distinctio
adhibenda erit. Distinguendum * autem erit, An pœna pecunia-
ria, an verò corporis afflictiva imponenda veniat. Quod ad pri-
5. mum distinctionis membrum attinet, si sc. pecuniaria pœna impo-
nenda sit, fidejussor intervenire potest. Quod * probatur per tex-
tum *l. si à reo 70. §. ult. ff. d. fidejussor.* ubi respondet Gajus JC. male-
6. ficiorum fidejussorem accipi posse: nam pœnam ob maleficia solvi
magna ratio suadeat. Et * in *l. si quis 56. §. fin. d. t.* respondit Paulus
7. JC. pro furti actione fidejussorem accipi posse, item pro eo qui in *L.*
Aquiliam commisit. Atque * in *l. Græcè 8. §. sed etsi 5 ff. h. t.* tradit
Ulpianus JC. si ex delicto sit actio, magis esse ut teneatur fidejussor.
8. Verum * si pœna corporis afflictiva imponenda veniat, fidejussor
9. regulariter admitti non debet: cum * hoc casu inutilis foret fide-
jussio: siquidem fidejussor mandati actione repetere non posset,
quod solvit pro reo: corporalis namque pœnæ restitutio nulla est.
10. Offenderetur * etiam hoc casu manifestè justitiæ ratio, si qui non
11. peccavit pœnam hujusmodi corporalem sustineret. Sed * & et-
iamsi ad pœnam corporalem se obligare vellet fidejussor; tamen hoc
non posset, cum liber homo dominus membrorum suorum non sit.
12. *l. liber homo 13. ff. ad L. Aquil.* Et * facit hùc *l. si confessus 5. ff. d. cu-
stod. & exhibit. reor.* ubi Venulejus JC. reum confellum in vincula
publica conjiciendum esse pronunciat, donec de eo sententia
feratur.

13. Si * quis tamen reus criminis saltem, nec dum convictus,
aut indiciis satis gravatus, & fortassis honesta persona esset, fide-
jussor intervenire & de sistendo reo cavere, ac nisi sisteret ad pecu-
14. niariam pœnam obligare se posset. Quod * ex prudentis judicis
arbitrio dependet, qui ponderatis omnibus circumstantiis cogno-
scet

scet, an in carcerem deijciendus sit reus, an verò fidejussor admit-
tendus. Idque * tum maximè procedit, quando ex prævia inqui-
sitione generali liquet probabiliter: reum vel innocentiam probare,
vel exceptionibus tueri se posse: veluti * hoc sæpius praticari vi-
demus. Quam * limitationem eleganter comprobat Ulpianus
JC. in l. 1. ff. d. custod. & exhibit. reor. ubi ait: De custodia reorum
Proconsul æstimare solet, utrum in carcerem sit recipienda persona, an
militi tradenda, vel fidejussoribus committenda, vel etiam sibi. Hoc au-
tem vel pro crimine, quod objicitur qualitate, vel propter honorem, aut
propter amplissimas facultates, vel pro innocentia personæ, vel pro digni-
tate ejus, qui accusatur, facere solet.

Cæterum * in atrocibus criminibus, veluti Majestatis cri-
mine, parricidii, latrocinii, raptus cum incestu &c. reus in carcerem
conjicitur, nec ex eo fidejussoris datione liberatur l. Divus
Pius 3. eod. tit. ubi ait idem Ulpianus: non esse in vincula conjiciendum
eum, qui fidejussores dare paratus est: nisi tam grave scelus admisisse
constet, ut neque fidejussoribus neque militibus committi debeat, sed hanc
ipsam carceris pœnam ante supplicium sustinere. Hyppolit. d. Marsil. in
repetit. rubric. ff. d. fidejussor. n. 206. q. 29. & in l. infans. n. 16. ff. ad L.
Cornel. d. Sicar. Angel. d. malefic. in versic. pro quibus &c. Gomes. variar.
resol. c. 9. n. 8. tom. 3. Covarruv. variar. resolut. c. 8. n. 8. Clar. recept.
sentent. §. fin. q. 46. n. 7. Soarez. in thesaur. recept. sentent. lit. F. n.
144. Valentin. Franc. d. fidejussor. c. 3. n. 201. & seqq. Hering. d. fide-
jussor. c. 10. n. 408. & seqq. Farinac. in prax. crimin. tit. d. carc. &
carcerat. q. 33. regul. 1. n. 151. & seqq. Harpprecht. ad §. 1. h. t. n. 23.
& seqq. tom. 3. Thom. Mezger. consil. crimin. 15. n. 35. th. 3. pag. 910.
& ad §. 1. h. t. n. 1.

Controversia III.

*Quando in majorem summam se obligavit fide-
jussor, quam obligavit se reus principalis,
pro concurrente summa tenet fidejussio.*

Summaria.

Fidejussor in duriores causam, quam est principalis obligationis, obligari
non potest. n. 1. 2. 3. & 4.

Status controversiæ. n. 5. & 6.

Autor.

Autor opinionem suam probat n. 7. usq; ad n. 17. inclus.

Difficultas l. Gracè 8. §. 7. ff. h. t. n. 18. 19. 20. & 21.

Reinhardi Bachovii solutio. n. 22. 23. & 24.

Cui obijcitur. n. 25. 26. & 27.

Valentini Franci & Antonii Heringii distinguendum sententia. n. 28.

Quæ rei satisfacere non videtur. n. 29.

Alia nonnullorum Interpretum, verba omnino non in d. l. 3. pro non solido accipientium sententia. n. 30.

Nec hæc rem expedire videtur. n. 31.

Nova Autoris solutio. n. 32. usq; ad n. 42. inclusive.

Franci argumentatio. n. 43. & 44.

Responsio. n. 45. 46. 47. & 48.

Autoris opinionem magni nominis Icc. sequuntur. n. 49.

1. **N**ON * obligatur fidejussor in aliud & plus, quàm in principali obligatione fidejussionis tempore fuit; in minus verò obligari potest. Nam * obligatio fidejussoris accessio est principalis obligationis; inconveniens igitur esset, in plus obligari fidejussorem, quàm principalis obligatus fuit. Quod * non solum ratione quantitatis, sed etiam ratione qualitatis procedit. Unde * si obligatus sit principalis in diem, vel sub conditione, fidejussor purè obligari non potest; econtrà verò si principalis purè obligatus sit, fidejussor in diem, vel sub conditione, jure obligatur. §. fidejussores 5. h. t. l. fidejussores 68. §. 1. cod. tit.
- 2.
- 3.
- 4.
5. Quid * verò dicendum erit de casu, quo ratione quantitatis in plus se obligavit fidejussor, quàm principalis obligatus fuit, ut si exempli causâ principalis centum promississet & deberet, fidejussor verò in ducenta se obligasset, An quò ad concurrentem duntaxat summam teneat obligatio fidejussoris, an verò prorsus inutilis & invalida sit? Quæ * certè perdifficilis est controversia, tam propter rationum pondera, quàm Dd. auctoritatem, quæ pro parte utraq; allegantur. Nos * sanè fidejussionem hanc quò ad concurrentem summam tenere & validam esse, intrepidè statuimus.
- 6.
- 7.
8. Pro * cujus sententiæ veritate 1. adducitur hæc ratio: quòd, licet in stipulationis contractu interrogatio & responsio congruere debeant; tamen, si stipulanti mihi 10. tu 20. respondeas, stipulatio quò ad concurrentem summam, nimirum quò ad 10. valida sit. l. 1. §. si stipulanti 4. ff. d. V. O. Atquin * quidquid in stipulatione receptum est, id etiam in fidejussione obtinet. 2. Adfertur * hæc ratio: quòd tum obligetur fidejussor, ubi nihil amplius debet, quàm princip.
- 9.
- 10.

principalis debitor. *l. hi qui accessionis* 39. ff. h. t. At * verò quando in concurrentem summam tenetur fidejussor, nihil amplius debet, quàm principalis debitor. 3. Pro * hac sententia adducitur: quòd, quotiens plus promissum est, quàm debuit promitti, non tota obligatio infirmetur, sed id quod superfluum est pro non adjecto habeatur. *l. quis bis idem* 18 ff. d. V. O. *l. siue generalis* 6. pr. ff. d. jur. dot. *l. sancimus* 34. in pr. C. d. donat. *l. hac Edictali* 6. circ. fin. prin. C. d. secund. nupt. §. is qui exequitur 8. instit. d. mandat. 4. Eandem * sententiã optimè probat *l. 11. §. fin. ff. d. const. pec.* ubi centũ aureos debens ducentos constituerat & respondit Ulpianus; in centum tantummodò constituentem teneri. Idem igitur statuendum. erit in fidejussione: cum constitutum simile sit fidejussioni. 5. Hùc * imprimis facit: *l. rogatus* 33. ff. mandat. ubi rogatus ut fidejuberet, si in majorem summam se obligavit, hætenus mandati actionem habere dicitur, quatenus rogatus erat. 6. Idem * probat *l. si ultra* 22. C. h. t. in qua mandatarius ultra solvens, quàm accepit mandans intercedere, ejus nomine quod amplius est, mandati actionem non habet. 7. In * dubio illa facienda est interpretatio, ut valeat potius actus, quàm ut pereat. *l. quotiens* 12. ff. d. reb. dub. *l. 11. §. item si juravero* 2. ff. d. jurejur. 8. Et * ultimò pro confirmatione ejusdem sententiæ pugnat hæc ratio: quòd utile per inutile nõ vitietur. *l. certi condictio* 9. §. quoniam 3. ff. d. reb. credit. *l. 1. §. pen. ff. d. V. O.*

Cui * opinioni nostræ graviter contradicere videtur: *l. Græcæ* 3. §. illud 7. ff. h. t. ubi respondit Ulpianus JC. quòd illi, qui pro aliis obligantur, si fuerint in duriores causam adhibiti, omninò non obligentur. Quod * exemplo declarat in *d. l. circ. fin.* ut, si reus sub conditione sit obligatus, fidejussor purè non obligetur. Adeoq; * Ulpianus æquiparat ibi casum, quo ratione quantitatis in duriores causam obligavit se fidejussor cum casu, quo ratione qualitatis in duriores causam se obligavit, veluti si sub conditione, vel in diem obligatus est principalis, fidejussor purè se obligavit. Atquin * hoc casu prorsus inutilis est obligatio fidejussoris. Ergò etiam illo casu.

Reinhardus * Bachovius ad tollendam hanc difficultatem respondet ad oppositum textum, distinguendo: An, cum reus principalis centum deberet, fidejussor fuerit rogatus, ut fide suã du-

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

- centa esse juberet : an verò eadem centum rogatus ipse ducenta responderit. Illo * casu approbat Bachovius contrariam communem opinionem, ex ratione, quòd in tota promissione fidejussoria sit diversitas, quæ faciat, ut non possit valere fidejussio, quæ in nullo consensit cum principali ; hoc verò casu dicit Bachovius, obligationem consistere in centum ; neque hîc posse ullo modo evitari argumentum, quod sumitur ex *d. l. 1. §. 4.* quoniam * tum demum verè & propriè in duriorè causam acceptus dicatur fidejussor, ubi creditor plus ab eo stipulatus est, quàm debebat reus principalis. Verùm * objici posset huic distinctioni : quòd differentia hæc facere non posse videatur, quò minus sententia *d. l. 1. §. 4.* minorem sc. summam majori inesse, obtineat : licet enim plus rogârit creditor, tamen sciendum est, fidejussoriam obligationem relativam esse ad principalem obligationem ; ideoque tam interrogatio creditoris, quàm responsio fidejussoris ad summam principalis obligationis restringenda erit : ne utile per inutile vitietur : & * quoniam hoc quoque casu centum insunt ducentis, hætenus fidejussoris obligatio tenere videtur. Et * ergò si in casu, quem ponit Bachovius, admittere debemus communem opinionem, quid multum diffitebimur, non obstante distinctione istâ, quæ nullum effectum habere videtur, eam in altero hoc nostro casu admittere.

- Valentinus * Francus *d. fidejussor. c. 4. n. 96. & seqq.* & Anton. Heringius *d. fidejussor. c. 24. n. 55. & seqq.* distinguunt inter fidejussionem, quæ alia & diversa est à principali obligatione, in qua dicunt omninò non teneri fidejussorem, & inter eam quæ est ejusdem naturæ, in qua teneri fidejussorem. Quæ * quidem vera est sententia, sed tamen hæc responsione textui *d. l. 8.* non satisfactum : ita enim plures excogitari possunt casus, quibus propter urgentes circumstantias communis opinio admittenda est : interim tamen ad textum oppositum, quid sibi velit, respondendum erit.

- Plerique * Dd. nobiscum sentientium ad textum *d. l. 8.* respondent, ut vel secundùm Haloandri lectionem legant *non omninò*, vel retentâ lectione vulgari verba *omninò non* ita intelligant : in solidum non obligari fidejussorem. Verùm * huic solutioni obstat exemplum in *fin. d. l. 8.* positum : ubi in diem, vel sub conditione obligatus est principalis, fidejussor verò purè se obligavit : quo casu ex unanimi Dd. sententia obligatio fidejussoris prorsus inutilis est, & sic fidejussor omninò non obligatus.

Simplicius * *ad d. l. 8.* sic responderi potest: quòd sc. verba ista *d. l. 8. omnino non* tantum operentur, quantum salvâ aliorum textuum sententiâ operari possunt: nimirum * in casu, quo ratione qualitatis durior est fidejussionis obligatio verba ista in suo sensu accipienda sunt, ita ut *omnino non vel prorsus non* teneat, sed inutilis sit obligatio; in casu verò, quo ratione quantitatis durior est fidejussionis obligatio, verba ista humaniùs & benigniùs accipienda, ita ut eo casu ratione superflui solum inutilis sit obligatio ista. Differentiæ * ratio inter casum utrumque manifesta est: in casu namque quo ratione qualitatis durior est fidejussionis obligatio, reverà durior est obligatio ista principali obligatione: quoniam hæc ante diei vel conditionis existentiam nullum effectum habet: siquidem * conditio obligationi adjecta suspendit eam *l. cum ab eo 41. ff. d. contrahend. empt. vendit.* Unde * fieri potest, ut in casu non existentis conditionis planè nihil debeat principalis, fidejussor verò sic teneretur: quod absolum esset & contra juris rationem: principalem planè non esse obligatum, fidejussorem verò teneri. Sed * & hoc absolum esset & juris rationi ipsiq; naturæ fidejussionis adversum: fidejussorem statim teneri & exigi posse, principalem verò veniente demum die obligationi adjectâ, & sic illum ante hunc conveniri posse. Quod * non ita se habet in casu, quo ratione quantitatis solum durior est fidejussionis obligatio: quoniam hoc casu salvâ ratione juris huic rei mederi potest: siquidē * minor summa inest majori, & superfluum pro non adjecto habetur: & sic hoc casu fidejussor reverà & in effectum in duriorē causam obligatus non videtur. Et * ergò comparatio ista horum duorum casuum *in d. l. 8.* non est absolutè, sed secundum quid accipienda: ita sc. ut quando ratione qualitatis durior est fidejussionis obligatio, ea omnino non teneat, id est prorsus & in totum inutilis sit & invalida; quando verò ratione quantitatis durior est, ratione superflui omnino non teneat, non ratione totius summæ, quo casu generalia ista verba *omnino non* tanquam sub emphasi aliqua ita sunt intelligenda, ut nullo modo, vel sub nullo prætextu exigi possit illud superfluum. Nam * verba æquivocum sensum habentia, vel etiam præcisa ita sunt interpretanda, quatenus materia & natura rei patitur & admittit: siquidem * verba etiam præcisa interpretationem & suppletionem recipiunt ex qualitate & natura rei, super

32.

33.

34.

35.

36.

37.

38.

39.

40.

41.

42.

quâ proferuntur. l. statuliberos 3. §. si quis hæredi ii. ff. d. statuliber. Alexand. d. Imol. consil. 6. in fin. vol. 4.

43. Neque * movet, quod Franciscus Connanus libr. 6. comment. jur. civil. c. 6. n. 8. ait: aliam rationem esse fidejussoris, aliam principalis debitoris: quia ille non constituat obligationem per se, sed ei accedat. Ideoq; minus polliceri possit quàm debitor, dùm illud quod promittit sit pars primæ obligationis, majus aut aliud non possit. Nec * enim quod majus est accedat ei quod minus est: nec pars sit totius, quod aliud est à toto. Quæ * concedimus Connano, consequentiam verò, quia nullam videmus, negamus: hoc enim benè ex iis, quæ dicit Connanus, sequitur, in plus non teneri fidejussorem quàm est principalis obligatio; minimè verò sequitur, ratione totius inutilem esse fidejussionem. Quia * enim per se non subsistit obligatio ista, sed relativa est ad principalem obligationem, ideoq; in plus non tenetur fidejussor, quàm principalis obligatus fuit. Majus * igitur hîc non inest minori, sed minus majori: id * est qui promisit quod majus est, etiam promisit id quod minus est, nimirum summam in principalem obligationem deductam. Quam * opinionem nostram magni nominis Jcc. amplexi sunt, inter quos sunt Andr. Alciat. 5. parerg. c. 7. Duaren. ad h. t. c. 3. Vasqu. illustr. controvers. c. 7. n. 5. Gomel. variar. resolut. c. 13. n. 2. Rom. 2. Wesenbec. in w. h. t. n. 5. Franc. & Hering. ad ll. Harpprecht. ad §. 5. h. t. n. 13. & seqq. Forner. select. libr. 3. c. 11. Treutl. p. 2. disput. 28. th. 4. ibiq; Bachov. & idem Bach. ad §. 4. h. t. n. 2. Hillig. in Donell. enucleat. libr. 15. c. 48. lit. I. Althus. in Dicaologic. lib. 1. c. 36. n. 15. Hunn. variar. resolut. libr. 3. tract. 5. q. 9.
44.
45.
46.
47.
48.
49.

Controversia I V.

Mora rei principalis fidejussoris obligationem perpetuat quidem; non tamen auget.

Summaria.

- Fidejussor non semper in eandem causam cum principali obligatur n. 1.
Mora rei principalis ad actionem principalem perpetuandam fidejussori nocet. n. 2. 3. & 4.
Valdè dubia est præsens controversia. n. 5.
Autor cum Iohanne Corasio negativam eius sententiam defendit. n. 6. n. seqq. ad n. 18. inclusive.
Objectio ex l. 2. §. pen. ff. d. administrat. rer. ad Civit. pertinent. n. 19.

Solutio.

Solutio. n. 20.

Objectio ex l. 24. §. 1. ff. d. usur. n. 21.

Solutio. n. 22. & 23.

Objectio ex l. 2. §. fin. ff. qui satisd. cogunt. n. 24.

Solutio. n. 25.

Objectio ex l. 10. ff. rem pupill. salv. for. n. 26.

Solutio. n. 27. 28. & 29.

Objectio ex l. 56. §. 2. ff. h. r. n. 30.

Solutio. n. 31. & 32.

Objectio. n. 33.

Solutio. n. 34. 35. & 36.

Communis Dd. distinctio, inter bonæ fidei & stricti juris contractus, rejici-
tur. n. 37. & 38.

Responsio Dd. ad l. 54. ff. locat. refutatur. n. 39. 40. & 41.

Fidejussor ex propria mora tenetur. n. 42.

Fallit in obligationibus faciendi. n. 43.

Sicut * in duriorē causam, quā reus principalis fuit obliga-
tus, obligari non potest fidejussor; ita nec semper in eandem
causam cum principali obligatur. De * hoc autem minus du-
bium est: moram rei principalis ad actionem principalem perpetu-
andam fidejussori nocere, ut * si exempli causā post moram à prin-
cipali commissam perierit res, in quam fidejussum est: quo casu
fidejussor nihilominus de re perempta conveniri potest. Quod *
probat l. qui servum 91. §. nunc videamus 4. ff. d. V. O. ubi Dd. l. cum
filiusfamiliās 49. pr. & §. 1. ibiq³ Dd. l. mora 88. & ibi Dd. ff. eod. tit.
l. si a colono. 58. §. 1. ff. h. r. Verū * an mora principalis ita no-
ceat fidejussori, ut ad usuras quoque & interesse teneatur & possit
conveniri, hoc majus habet dubium: propter textus non solū,
qui sibi ē diametro contrarii esse videntur, sed etiam propter Dd.
authoritates, qui in hoc à se invicem dissentire & variare deprehen-
duntur. Nos * sanè Johannis Corasii sententiam amplecti mini-
mè dubitamus, libr. 2. miscellan. jur. quest. c. 2. statuentis, regulari-
ter fidejussorem ex mora rei principalis ad usuras & interesse obli-
gatum non esse: nisi * se in omnem causam pro principali obliga-
rit, sive expressè sive tacitè; veluti si ex circumstantiis antecedenti-
bus & consequentibus, & ex natura rei colligeretur, fidejussorem
in omnem causam obligare se voluisse. Quæ * sententia proba-
tur per textum in l. centum Capuæ 8. ff. d. eo quod cert. loc. ubi respon-
dit Africanus JC. quòd, si quis centum Capuæ dari stipulatus fide-
jussorem acceperit, ea pecunia similiter ut ab ipso promissore peti

possit : id est, ut alibi quàm Capuæ petantur, arbitrariâ agi debeat, lisque tanti æstimetur, quanti ejus vel actoris interfuerit, eam summam Capuæ potiùs quàm alibi solvi. Nec oporteat, quod fortè per reum steterit, quò minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri : neq; enim hæc causa rectè comparetur obligationi usurarum, ibi enim duæ stipulationes, hîc una pecuniæ creditæ sit. In*quo textu separat Africanus arbitrariam actionem de eo, quod certo loco solvi promissum fuit, ab usurarum causa: ubi illa fidejussor quoque ad interesse teneatur, quia una sit obligatio, & ab initio interesse ex natura hujus actionis in obligationem deductum. Ratione* usurarum verò conveniri non possit fidejussor, quòd duæ sint stipulationes, ad unam verò se obligarit fidejussor.

2. Comprobat* eandem opinionem, *l. initio* §. *C. d. pact. inter empt. & vendit.* in qua rescribit Gordianus Imperator : quòd, si ab initio contractus pactus non sit venditor de usuris tardius soluti precii, sed ex mora de iis agendum, ex tam ab ipso debitore, quàm ab eo, qui in omnem causam empti fidem suam adstrinxit, agi possit. Ubi* Imperator ab illo fidejussore usuras peti & exigi posse constituit, qui in omnem causam fidem suam pro debitore principali adstrinxit. Ergò* quando in omnem causam se non obligavit fidejussor, usuræ peti ab eo non possunt.

3. Idem* manifestiùs probat *l. fidejussores* 68. §. 1. ff. *h. t.* in qua respondet Paulus JC. fidejussores, in sola centum obligatos non in omnem conductionem, in usuras teneri ; sed quidquid ex bonis fuisset priùs redactum in usuras cedere, reliquum in sortem : & ita in id, quod defuisset, fidejussores conveniendos, exemplo pignorum à creditore distractorum.

4. Manifestissimè* hanc sententiam nostram probat & confirmat *l. quæro* 54. ff. *locat.* ubi respondit idem Paulus : quòd fidejussor conductionis in usuras non illatarum pensionum nomine, si in omnem causam conductionis se obligavit, teneatur easque præstare debeat : quam conditionem repetit JC. in *d. l. 54.* quòd, cum fidejussor in omnem causam se applicuerit, æquum videatur, ipsum quoq; usurarum onus agnoscere.

5. Decisionis* hujus ratio est, quare sc. usurarum nomine conveniri non possit fidejussor : quòd effectus contractus se ad obli-

ligationis tempus referat: *l. Rutilia Polla 69. ff. d. contrah. empt. vendit.* non enim videtur fidejussor, simpliciter intercedens, in aliud se obligare, quàm intercessionis tempore debitum esset. *l. pignoribus C. d. usur.* Quoniam * igitur fidejussor se ab initio (quod præsumitur & præsupponitur) usurarum nomine non obligavit; neque earum postea & ex accidenti supervenientium ratione conveniri poterit: imprimis * verò quòd exorsæ sint usuræ & stricti juris; ideoque ad eas in dubio nemo se obligasse præsumatur.

Quibus * objicitur à contrariæ sententiæ patronis *l. non uti 2. §. qui fidejusserint pen. ff. d. administrat. rer. ad civit. pertinent.* ubi respondit Ulpianus JC. eos, qui pro conductore vectigalis fidejusserint, in universam summam & sic etiam in usuras conveniri: nisi propriè quid in persona eorum verbis obligationis expressum sit. Respondetur *: quòd, sicut multa specialia in conductione publicorum vectigaliū sunt recepta; *arg. l. si quis 3. §. 1. ff. ad Sct. Macedon.* ita & hoc in fidejussore publici vectigalis conducti sit speciale, ut is in omnem causam & sic quoque in usuras obligatus conveniri possit: idq; Fisci favore.

2. Objicitur * *l. si quis solutioni 24. §. 1. ff. d. usur.* in qua traditur à Paulo JC. quòd, si moram fecerit reus, & fidejussor teneatur. Respondetur *: quòd ob moram rei fidejussor quoque teneatur, non autem semper, sed quando vel natura rei, vel causæ hoc exigat, vel quando se in omnem causam obligavit fidejussor, vel quòd quò ad actionem perpetuandam semper ex mora rei teneatur, non tamen semper quò ad usurarum præstationem. Generalis * igitur isthæc locutio in terminis suis accipienda, ex aliis juris textibus supplenda & explicanda erit.

3. Objicitur * *l. fidejussor 2. §. fin. ff. qui satisd. cogunt.* ubi is, qui aliquem judicio sisti promisit, tanti teneri dicitur, quanti ea res erit: & in *l. seq.* subjicitur: sive in duplum sit actio, sive tripli sive quadrupli, tanti eundem fidejussorem omninò teneri, quia tanti res esse intelligatur. Respondetur *: ex natura cautionis judicio sistendi causâ id, quod hîc præstare tenetur fidejussor, ab initio in obligationem venisse in idque eum se obligasse, & non tanquam accessorium, sed tanquam principale peti; ideoque meritò fidejussorem id præstare teneri.

4. Objicitur * *l. si postea quàm 10. ff. rem pupill. salv. fore* ubi respon-

dit

27. dit Africanus JC. quòd, si pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in tutela restituenda aliquandiu moram fecerit; & fructuum nomine & usurarum medii temporis, tam fidejussores ejus quàm ipse teneantur. Respondetur *: non tam singulari pupillorum favore hoc ita in tutela receptum esse, quàm potius, & hîc ex natura cautionis rem pupilli salvâ fore fruct⁹ & usuras ab initio in obligationem & cautionem venisse: quid * enim aliud est rem pupilli salvam fore, quàm indemnem eum servare; indemn^{is} * autem non servaretur, si usuras non præstaret fidejussor.

28. 29. 30. 5. Objicitur * *l. si quis pro eo 56. §. si nummi 2. ff. h. t.* ubi tradit Paulus JC. quòd, si quis nummos alienos quasi suos mutuò dederit, sine stipulatione, nec fidejussor teneatur. Si verò consumptis nummis condictio nascatur, obligatus sit fidejussor: in omnem enim causam acceptus videatur, quæ ex numeratione nasci potest. Respondetur *: nullam *in d. §. 2.* esse accessoriam obligationem de usuris, sed de principali: nam de mutuo ibi agitur, quod ab initio ante consumptionem non substitit, tam respectu debitoris principalis quàm fidejussoris; sed reconciliatione, nimirum consumptione factum est mutuum. Quod * igitur in omnem causam obligatus censetur, *in d. §. 2.* id respectu obligationis principalis, de qua agitur ibi, intelligendum est: ita scil. licet ab initio non teneat mutuum, tamen consumptione validum sit factum; ideoque non solum debitor principalis, sed etiam fidejussor teneatur: cum iste hætenus in omnem causam acceptus videatur, quæ ex numeratione nasci potest.

31. 32. 33. 6. Objicitur * illa ratio: quòd indefinita locutio universali æquipolleat. *l. si necessarias 8. §. si annua 3. ff. d. pignorat. act. l. si pluribus 44. ff. d. legat. 2.* Respondetur *: veram esse hanc regulam in materia favorabili tantum, *l. si quis ita §. 1. ff. d. testament. tut.* non etiam in odiosa, *l. 2. ff. d. liber. & posthum. hered. instit.* Nam * quòd indefinita locutio æquipolleat universali, est specialis quædam & favorabilis legis interpretatio, ex æquitate & humanitate proveniens, contra verborum proprietatem. *l. si servitus imposita ff. d. servit. urban. præd.* Atquin * nos hîc in materia odiosissima versamur. Ergò regula ista locum habere non potest.

34. 35. 36. 37. Quod * attinet jam ad comunem Dd. distinctionem inter contractus bonæ fidei & stricti juris, ut in illis non autem in hisce de
usuris

usuris teneatur fidejussor; ea sanè per textum *d. l. 65. §. 1. ff. h. t.* veluti per Achillem quendam, ut loquitur Corasius, *d. l. n. 10.* proster- nitur: nam * manifestè loquitur textus iste de bonæ fidei con- tractu, & tamen secundum sententiam ejus fidejussor de usuris non tenetur, nisi in omnem causam se obligaverit.

Malè * etiam Dd. voculam *si* in *d. l. quero 54.* pro *quia* intel- ligunt, quasi fidejussor regulariter in omnem causam obligare se censeatur: dura * namque est ista *d. l. 54.* interpretatio, nulla ne- cessitas nos cogit, voculam istam *si* ita intelligere, & alii quoque tex- tus cum *d. l. 54.* correspondentes reclamant; ideoq; * vocula ista *si* merito in nativo & vero suo sensu accipienda & intelligenda erit.

Cæterum * ex propria mora teneri fidejussorem; constat ex *d. l. centum Capuæ l. si servum 91. §. nunc videamus d. l. cum filius familiæ 49. pr. d. l. mora 88. ff. h. t.* Quod * verum in obligationibus dan- di, secus verò est in obligationibus faciendi, in quibus ex propria mora non tenetur fidejussor: quia nec purgare rei principalis mo- ram suo facto poterit. *d. l. 49. §. 1. ubi Dd. Joh. Coras. d. l. Joh. Goed- dæ. d. contrahend. & committ. stipulat. c. 11. conclus. 10. Soarez. com- mun. conclus. lit. F. n. 128. Franc. d. fidejussor. c. 4. n. 116. & seqq. c. 5. n. 19. Fachinæ. libr. 7. c. 57. Hering. d. fidejussor. c. 24. n. 124. & mult. seqq. Donell. & Duaren. ad d. l. 88. ff. d. V. O. Bronchorst. évayho φαν. cent. 2. assert. 92. Hunn. variar. resolut. tract. 5. q. 3. Harpprecht. ad d. §. 5. h. t. n. 30. & seqq. Althus. in Dicaologic. libr. 1. c. 86. n. 15. Treutler. p. 2. disp. 26. th. 5. sub lit. A.*

Controversia V.

Mulier Senatusconsulto Vellejano, eam pro aliis intercedere vel fidejubere prohibenti, renunciare potest.

Summaria.

Mulier de jure Civili cum autoritate curatoris quemcunq; contractum cele- brare potest; ita, ut nec in integrum restituatur. n. 1.

Pro marito verò, vel extraneo fidejubere nequit, quod Scto Vellejano intro- ductum est. n. 2. 3. 4. & 5.

Mulier fidejubens & pro reo principali solvens repetitionem habet. n. 6.

Quibus in casibus cesset Scti Vellejani beneficium. n. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.

Afirmativa controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 13. 14. 15. 16. & 17.

Legistarum, contrariam defendentium sententiam, argumentum ab Hun-
nio prolatum. n. 18. 19. 20. 21. 22. & 23.

Solutio. n. 24. usque ad n. 31. inclusiv.

Secundum Legistarum argumentum. n. 32.

Solutio. n. 33. 34. 35. & 36.

Tertium argumentum. n. 37. & 38.

Solutio. n. 39. 40. 41. 42. 43. 44. & 45.

Hunnii responsio ad l. ult. §. pen ff. ad Sct. Vellejan. n. 46. & 47.

Refutatio. n. 48. 49. 50. 51. & 52.

Hunnii responsio ad auth. mater & a via C. quand mul. tut. offic. fung. pot. n. 54.

Refutatio. n. 55. & 56.

Autor sententiam suam limitat, ut procedat in judiciali renunciatione, &
quando mulier certiorata est de beneficio sibi competente. n. 57. usque
ad fin.

1. **D**E * jure civili mulier cum autoritate curatoris proprio no-
mine quemcunq; contractum inire & efficaciter obligare se
potest: ita quidem, ut nec beneficiū in integrum restitutionis, mi-
noribus laxis indultum, implorare queat. l. si mulier 52. pr. ff. ad
Sct. Vellejan. Matth. Wesenbec. consil. 11. Non * tamen mulier
pro marito vel etiam extraneo intercedendo vel fidejubendo fidem
suam jure & efficaciter obstringit: quod * Senatusconsulto Velleja-
no ideo introductum est: tum quò opem ferat mulieribus, propter
sexus imbecillitatem multis hujusmodi casibus suppositis atq; ob-
jectis: l. 2. §. verba 2. ff. ad Sct. Vellejan. tum * quod virilibus officiis
fungi mulieres & obligationibus ejusmodi obstringi, Senatuscon-
sulto non æquum visum sit: d. l. 2. §. 1. tum * quòd mulieres instar
minorum aliàs contrà propria commoda laborare soleant, l. si pater
4. in fin. C. d. sponsal. & proprium earum sit, non decipere, sed deci-
pi. Quod * Scti Vellejani beneficium in tantum tributum est mu-
lieri, ut, quamvis solutionem pro reo principali fecerit, ejus Scti be-
neficio munitam se ignorans; repetitio tamen locum habeat. l.
quamvis 9. C. ad Sct. Vellejan.
7. Hujus * autem Scti beneficium denegatum est mulieri qui-
busdam in casib⁹: ut, quando non decipitur mulier, sed ipsa decipit:
8. Sctum * enim non decipienti, sed deceptæ subvenit. d. l. 2. versic. sed
ita demū l. si mulier 23. ff. eod. tit. Et mulier * in contractibus damno-
sis implorare potest idem beneficium, non verò in utilibus. l. cum
hi 5. §. in causa 9. ff. d. transact. Bald. in l. neque C. d. contrahend. &
committend. stipulat. auth. si qua mulier C. ad Sct. Vellejan. in fin. Myn-
sing. cent. 2. observat. 24. Item * non habet beneficium hoc mulier,
quando
- 10.

quando obligavit se ex causa pietatis. Stephan. Gratian. *disceptat. forens.* 108. n. 23. Et * quando obligavit se pro marito redimendo, aut quotiens de honore & decore mariti agitur. Laurent. Calcan. *consil.* 13. col. 2. Sed * & tum beneficio isthoc frui non potest mulier, si biennio elapso denuò se obstringat: eò quòd contractum ultrò firmaverit. *l. si mulier* 22. *versic. fin autem. C. ad Sct. Vellejan.*

An * verò beneficio huic renunciare possit mulier, de eo sanè anceps inter Dd. est controversia. Nos * ejus sumus sententiæ, mulierem renunciare posse hujus Scti beneficio: quam probamus per textum *l. fin. §. mulier* 4. *ff. eod. tit. ibi: cavere debet, exceptione se non usuram.* Et * per textum *l. jubemus* 21. *C. eod. tit. ibi: juri hypothecarum sibi competentium per consensum proprium renunciare.* Eademque * sententia probatur quoque per textum in *l. si pater* 3. & *auth. matri & avia C. quand. mul. tut. offic. fung. potest.* in quibus textibus mater liberorum naturalium tutelam ante agnatos etiam gerere potest: si Senatusconsulti Vellejani præsidio renunciaverit. Et * facit hùc illa ratio: quòd quilibet favori pro se introducto renunciare possit; *l. pen. C. d. pact.* hoc verò beneficium in mulierum favorem principaliter introductum sit. *d. l. 2. §. 2. ff. ad Sct. Vellejan.*

A * qua sententia plerique Legistarum recedere solent: quorū præcipua argumenta refert Hunnius *variar. resolut. libr. 3. tract. 5. q. 2. 1.* Eorum * argumentum est: pactum à jure communi remotum servandum non esse, & pactum legibus contrarium pro infecto haberi. *l. juris gentium* 7. *§. generaliter* 16. *ff. d. pact. l. 5. C. d. legib.* præterquam * si sit de re familiari. *d. l. 7. §. 13. & 14.* Atquin pactum, * quo renunciaretur Scto Vellejano, à jure communi remotum esse dicunt: quoniam sc. Scto isto fidejubere expressè prohibeatur mulier: nec * Sctum Vellejanum rem duntaxat & utilitatem familiarem mulieris concernat: quandoquidem principalis Scti ratio fuerit, quòd intercedere pro alio virile sit officium. *d. l. 2. §. 1. ff. ad Sct. Vellejan.* Ergò * renunciationem Scti Vellejani à muliere factam non valere, sed pro infecta haberi ajunt.

Respondetur * ad hoc argumentum: illud pactum servandum non esse, quod à jure naturæ & bonis moribus remotum est: sicut & illud, quod legibus ratione publicæ utilitatis principaliter & primariò contrarium. At * verò renunciatio Scti Vellejani pactum ejusmodi non est: cùm principaliter & primariò in utili-

tatem mulierum, quò fragilitati earum succurratur, introductum sit, & privatum earum interesse, per consequentiam verò demum Reipublicæ utilitatem concernat. Et * quod virile officium esse dicitur fidejubere, hoc quidem verum est; consequentia verò negatur: quoniam sc. ejusmodi virile est officium, quod etiam certis in casibus in mulierem cadere possit. Sic * tutela virile est officium, & magis quidem quàm fidejussio; & tamen mulier certis in casibus tutelæ officio fungi potest. *t. t. C. quand. mul. tut. offic. fung. pot.* Et * si ejusmodi virile officium esset fidejubere, ut id præstare non posset mulier; nec eo casu illud præstare posset, quo biennio elapso post fidejussionem interpositam, fidejubendo se denuò pro eodem obstringit. At * verò biennio elapso, si ultrò se obliget pro alio mulier, efficax & valida est intercessio. *d. l. si mulier 22. C. ad Sc. Vellejan.* Et * ergò si hoc casu non attenditur, quod virile sit officium fidejubere, nec etiam interesse Reipublicæ; neque in casu factæ solennis renunciationis attendi ea debent. Neque * enim temporis lapsus, nec reiterata obligatio & intercessio efficere valent: quò minus virile officium sit fidejubere, vel interesse Reipublicæ violetur.

2. Cum * Legistis argumentatur Hunnius: Qui renunciare potest privilegio & exceptioni suæ, is idoneus est fidejussor. *l. si fidejussor 7. pr. ff. qui satisd. cogunt.* Atquin mulier non est idonea fidejussor. *l. de die 8. §. 1. eod. tit.* Respondetur * ad majorem propositionem, eam concedendo, ad minorem verò: quòd, quò minus idonea fidejussor sit mulier, Scti Vellejani exceptio obstat; remoto * igitur per renunciationem obstaculo isto, idonea est fidejussor. Deinde * respondetur *in d. l. 8. §. 1.* non absolutè & simpliciter tanquam in idoneam fidejussorem rejici mulierem: excipitur namque ibi, nisi in rem suam fidejubeat mulier. Ex * quo consequitur: mulierem certis casibus idoneam fidejussorem esse. Si igitur mulier certis casibus idonea est fidejussor; ea certè non absolutè in idonea fidejussor erit.

3. Argumentantur * Legistæ: Minor beneficio suo in integrum restitutionis non efficaciter renunciat, quoniam & contra renunciationem restituitur. Atquin * mulier comparatur minori; *in d. l. 8. §. 1.* itaque nec ipsa Scto Vellejano renunciare poterit. Respondetur *: disparem esse rationem mulieris & minoris: nam mulier

mulier adversus contractum à se legitimè celebratum nunquam re-
stituitur; *d. l. mulier 32. pr. ff. ad Sct. Vellejan.* minor * verò sem-
per, quodocunque læsus est, restitui potest. Ergò * & tum quan-
do renunciat privilegio suo: cum eo ipso quòd renunciet ei, verè
lædatur. *l. interdum 19. ff. d. minor.* Gloss. in *l. si judex ff. eod. tit.*
Quamvis * igitur in *d. l. 8. §. 1.* mulier comparetur minori; tamen
comparatio isthæc non absolutè intelligenda est, sed de casu, ut
antè diximus, quo Scti Vellejani exceptio obstat, quam post renun-
ciationem factam non obstare amplius, ex hæcenus traditis perspi-
cuum est. Et * præterea in *d. l. 8. §. 1.* minor etiam militi compara-
tur. Atquin * miles privilegio suo renunciare potest: cui mino-
rem renunciare non posse, adversarii nobis objiciunt. Et * ergò
comparatio minoris, militis & mulieris in terminis suis accipien-
da erit.

Ad * *d. l. ult. §. pen.* respondet Hunnius: eam nihil ad rem
facere: quòd mulier pro alio judicium quidem accipere possit, quia
& pro alio solvere; pro alio verò judicium accipere sit pro solu-
tione. *l. solutione 23. ff. d. solut.* Cum * igitur liceat mulieri judicium
pro alio accipere, consequens esse dicit Hunnius, eidem beneficio
suo renunciare licere, imò ad hoc teneri, ne alioquin elusorium
reddatur judicium. Quæ * quidem responsio refutatione vix indi-
gere videtur: quippe quæ sine fundamento & judicio procedit:
nam omninò diversa sunt pro alio fidejubere & pro alio solvere.
Pro * alio quidem solvere potest mulier, non tamen ex fidejussio-
nis causa: nam quando ex hac causa ignorans beneficium suum
solvit repetitionem soluti habet. *d. l. quamvis 9. C. ad Sct. Vellejan.*
Sicut * igitur quando donat mulier beneficium hoc non habet;
ita nec quando pro alio (non tamen ex fidejussionis causa) solvit;
l. sed si ergò 4. §. 1. ff. eod. tit. quod * idè est, sicut, in *d. §. 1.* subji-
tur: quia faciliùs obligat se mulier, quàm alicui donat. Atquin *
mulier ex fidejussionis causa judicium pro eo, pro quo intercessit,
absque renunciatione Vellejani accipere non potest. Quando *
verò extra fidejussionis causam pro alio simpliciter solvit, Sctum
locum non habet: *d. l. 4. §. 1.* per consequens nec renunciatione
opus est.

Ad * *auth. mater & avia C. quand. mul. tut. offic. fung. pot. ex*
Novell. 118. c. 5. desumptam respondet Hunnius: quòd, cum per-

mittatur mulieri liberorum suorum tutelâ fungi; hoc verò facere non possit, nisi priùs Scto Vellejano & aliis beneficiis sibi competentibus renunciaret; ideoq; ei hoc casu permittatur, in consequentiam Scto Vellejano renunciare. Quæ * responsio nobis minimè officere potest; si enim hoc casu Scti exceptioni renunciare potest mulier, quid vetabit, quò minùs aliis in casibus ei renunciare possit: si * namque hoc casu non obstat, quòd virile sit officium fidejuberè, neque aliàs obstabit, quando fidejubet mulier & beneficiis sibi competentibus antè solenniter renunciat.

55. Cæterùm * ut renunciatio ista Scti Vellejani subsistat & valida sit, necessum, ut judicialiter ea à muliere facta fuerit: sic * enim opinionem nostram cum Bartolo in d. l. ult. §. pen. acceptam & intellectam volumus. Quia * namque mulier eadem facilitate ad renunciandum induci posset, quàm ad fidejubendum inducta; bi ideoq; circa renunciationem isthanc cautiùs agendum erit: ita ut mulier judicialiter comparere & hodie ex consuetudine beneficio sibi competenti & de obligatione contracta quòd, ni solvat principalis, queat conveniri, certiorari debeat. Quamvis * igitur d. l. ult. §. pen. ff. ad Sct. Vellejan. de judiciali renunciatione nihil dicat; ea tamen ex verisimili mente legis præsupponenda & subintelligenda: vult * namque Sctum succurrere fragilitati mulierum; at verò ei non succurreretur, si eæ tam facilè huic beneficio renunciare possent: eadem siquidem facilitate, quàm ad fidejubendum, ad renunciandum quoque inducerentur: quomodò * sanè saluberrima ista Scti constitutio facillimè eluderetur. Quam Bartoli opinionem sequuntur Jason. in l. de his ff. d. transact. Alexand. d. Imol. in c. ex rescripto x. d. jurejur. Didac. Covarruv. in c. quamvis d. pact. in 6. in 2. part. §. 3. n. 4. & 5. Anton. Gomes. variar. resolut. tom. 2. tit. d. contract. c. 13. n. 17. Matth. Wesenb. in w. ff. h. t. n. 9.

Controversia VI.

Pro dote conservanda fidejussor accipi nequit.

Summaria.

Vxor pro dote conservanda fidejussores à marito accipere non potest. n. 1. 2. 3. & 4.

Ne quidem à volente marito. n. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

Objectionis solutio. n. 12.

Alia obiectio. n. 13.

Solu-

Solutio. n. 14. § 15.

Obiectio ex l. 5. §. 7. ff. d. jur. dot. n. 16.

Solutio. n. 17. § 18.

Sententia nostra limitatur in casu mariti, ad inopiam vergentis. n. 19. § 20.

EXpediti * est juris, uxorem pro dote conservanda fidejussores à marito accipere non posse. *t. t. C. ne fidejuss. dot. dent.* Ne * scilicet inter maritum & uxorem perfidiæ oriatur occasio. *l. fin. C. d. t. Geil. 2. observ. § 4. num. 10.* Vel * ne uxor, quæ se suamq; vitam marito dedit, *l. hac lege 8. C. d. pact. convent.* plus fidejussoris quàm mariti fidei tribuere videatur. Contumeliosum * etiam marito videtur, eum fidejussorem dare; cùm tamen uxor ei omnem debeat reverentiam. *l. alia causa est. 14. §. 1. in fin. ff. solut. matrim.* Sed * num idem juris sit, si à volente marito fidejussores dentur? Sic omninò: omnis * enim fidejussoris datio etiam voluntaria aliquam diffidentiae mixturam habet, quæ diffidentia inter conjuges prorsus cessare debet. *d. l. fin. C. ne fid. dot. dent.* Tum * etiam: quia maritus nunquam præsumitur ultrò se onerare velle gravi hac cautione. Tum * quia ita beneficium illarum Legum inutile futurum sit marito, qui non audiretur excipiens postea, coactum se fuisse ab uxore: hic namque casu tractatur ibi, ubi maritus tenetur dotem restituere uxori, non ubi alii extraneo, qui rectè exigit fidejussorem. Sed * nec ubi maritus solvendo non est, quæstio jam vertitur inter maritum & uxorem, sed inter uxorem & fidejussores, quos uxor convenit & exigit, & qui de jure vel facto tertii excipere non possunt, nec possunt allegare maritum coactum dedisse fidejussores, cùm utique ipsi sponte intervenerint. *Bachov. ad §. 1. h. t. n. 2.* Porro * publicæ honestatis & utilitatis causa constitutum est, ne fidejussores dotis dentur, cui bono publico maritus renunciare non potest. Confirmat * etiam opinionem hanc *l. unic. Codic. Theodos. d. fidejuss. dot. libr. 3.* ubi Imperatores Valentinianus & Theodosius, quorum est. *l. 1. C. ne fidejuss. dot. dent.* in hæc verba rescribunt: *Omniū sponzorū vel fidejussorū deinceps in cavenda dotis promissione promissiones absolvimus.* Etsi * verò instari hîc posset: hæc Codicis Theodosiani Constitutiones minùs authenticas cense-ri; tamen plus auctoritatis habere videntur, quàm Interpretatio alicujus juris Interpretis: cùm ad explicandos juris nostri textus plurimum momenti habeant.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

Neque

13. Neque * obstat: quòd à marito in dotis securitatem pignus
 14. dari possit. l. 7. §. 6. ff. d. donat. inter vir. & uxor. Magna * enim inter
 15. pignus & fidejussoris dationem differentiae ratio est: quippe pi-
 16. gnus datur solum ut in tuto sit dos, non etiam alterius fidei com-
 17. mittitur. Cessat * igitur in pignore prohibitionis ratio, de qua in
 18. t. r. c. ne fidei. dot. dent. Neque * etiam obstat: à socero marito fi-
 19. dejussores dari posse. l. 5. §. 7. ff. d. jur. dot. Nam * & hìc haud exi-
 20. gua subest diversitatis ratio: 1. enim fidejussores in d. l. 5. non dan-
 tur pro dote conservanda, sed pro ea solvenda, & quàm primùm
 dos solvitur, fidejussio expirat: 2. maritus * socero talem reveren-
 tiam non debet, qualem uxor marito debet. D. Harpprecht. bñc n.
 11. & seqq. D. Bachov. part. 2. disputat. 6. th. 4. lit. H.
 Planè * si ad inopiam vergeret maritus, aliud dicendum foret,
 quo casu maritus fidejussores dare compellitur. c. per vestras x. d. do-
 nat. inter vir & uxor. Andr. Gail. d. observ. 84. n. 10. Tum * enim il-
 la prædominatur ratio: quòd intersit Reipub. dotes suas salvas ha-
 bere uxores, ut soluto matrimonio eò faciliùs maritos invenire pos-
 sint. Gloss. in l. obligamur ff. d. obligat. & act. §. lege. Add. Franc. d. fi-
 dejussor. c. 3. n. 318. & seqq. Hering. d. fidejuss. c. 6. n. 104. & seqq. Goedd.
 d. contrah. stipulat. conclus. 23. n. 381. & seq. c. 6. Treutler. p. 2 disp. 28.
 id. 3. lit. A.

Controversia VII.

*Qui se ut principalem obligavit (als ein selbs
 schuldner) Ordinis beneficio haud fruitur.*

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. & 3.

Obiectio ex l. 3. C. d. fidejussor. n. 4.

Solutio. n. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.

Opinio nostra æquior est & in foro practicatur. n. 13. & 14.

1. **P**RO * negativa controversiæ hujus sententia fortiter militat:
 2. quòd aliàs clausula obligationi adposita (als ein selbs schuld-
 ner) nullius momenti esset, & verba ejus nil operarentur; cùm *
 tamen in contractibus nedum clausula, sed nullum verbum ocio-
 sum & sine operandi virtute esse debeat. l. si stipulatus 4. pr. ff. d. us-
 sur. l. si quando 109. ff. d. legat. 1. Gail. 2. obs. 28. num. 3. Wessenb. con-
 sil. 10.

*fil. 10. nu. 19. & conf. 14. n. 12. Hering. d. fidejuf. c. 27. n. 118. & seqq. p. 1. D. Harppr. hîc num. 28. & seqq. tom. 3. Et * sic etiam in jure nostro Wirtemberg. sancitum reperimus. fol. 250. §. es hetten dann/2c.*

Non * obstat *l. 3. C. d. fidejuf.* Nam * respondetur ad eam dupliciter. 1. De divisionis beneficio ibi agi: 2. quod * longè diversa sit obligatio, ubi quis in solidum obligavit se ab illa, quâ quis se ut principalem obligavit. Etenim * fidejussores ipso jure citra clausulam *in solidum* obligati sunt, ut dicitur & pro decidendi ratione allegatur; *in d. l. 3.* & tamen divisionis fruuntur beneficio; Ergò etiam habebunt illud, ubi in solidum se obligârunt. Sed * quando quis se ut principalem obligavit, non ita se obligavit, ut aliàs ipso jure obligatus fuit: cùm fidejussoris naturam exuat ferè & principalis induat, licet verus principalis debitor obligatus nihilominus maneat. Sicut * igitur principalis debitor ante fidejussoris excussionem conveniri potest & debet; ita etiam is, qui se ut principalem obligavit, citra principalis veri excussionem jure convenitur. Ex * quibus colligitur, longè plùs esse, se ut principalem obligare, quàm in solidum se obligare. Proinde * malè *d. l. 3.* ad præsentem controversiam accommodatur. Inaniter verò regereret hîc quis: hâc ratione obligationis principalis novationem induci; cùm tamen omnis novatio per expressum fieri debeat. Nam * non celebratur hîc *Novatio* sed *Nova obligatio*; ut tamen principalis debitoris obligatio persistat nihilominus firmaque maneat. Et * hæc est æquior sententia, & communiter in foro observatur, teste Gailio: *d. obs. 28. num. 6.* nam * convenitur promittens als ein seblst schuldner non ut fidejussor; sed ut principalis debitor, sicut ex antedictis patescit. Addat. Matth. Berlich. *practicabil. conclus. p. 2. conclus 23.* Martin. Uran. *consil. 16. tom. 2.* Anton. Tessaure. *decis. pedemont. 166.* Anton. Merend. *libr. 5. controvers. 31.* Treutler. *p. 2. disput. 28. th. 5. lit.* D. Anton. Gabriel. *conclus. 1. n. 26. & 47.* Fachin. *libr. 8. controvers. jur. c. 54.*

De
LITERARUM OBLIGATIONIBUS.

TITULUS XXII.

Controversia I.

*Exceptio non numeratæ pecuniæ post biennium
objici nequit; & si reus onus probandi, sibi
pecuniam numeratam non esse, in se recipe-
re velit.*

Summaria.

Tenor exceptionis non numeratæ pecuniæ. n. 1. & 2.

Exceptio hæc datur creditore etiam non agente debitori ad obligationem
condicendam. n. 3.

Et hæredibus competit: ita tamen, ut tempus post mortem debitoris statim
continuetur. n. 4. & 5.

Inter mercatores ea locum habet. n. 6.

Sicut & tum, quando quis testibus præsentibus pecuniam se accepisse con-
fessus est. n. 7.

Et obtinet exceptio isthæc, stante statuto, certas exceptiones contra instru-
mentum admittente. n. 8.

Exceptio hæc post litem contestatam opponi potest, ita ut executionem quo-
que impediat. n. 9 & 10.

Solvens partem debiti confessi, pro reliqua parte exceptionem hanc nihilomi-
nus objicere potest. n. 11.

Responsio ad l. 4. C. h. t. n. 12. & 13.

Confessio debitoris geminata cessare facit hanc exceptionem. n. 14.

Cessat & exceptio hæc in tutore. n. 15. & 16.

Status principalis controversiæ. n. 17.

Negativa ejus sententia stabilitur. n. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. & 26.

Objectio ex l. 30. ff. d. reb. credit. n. 27.

Solutio. n. 28.

Objectio ex l. 5. §. ult. ff. d. dol. mal. & met. except. n. 29.

Solutio. n. 30. 31. & 32.

Objectio. n. 33.

Solutio. n. 34.

Opinio nostra est practica. n. 35.

De juris Canonici æquitate exceptio hæc opponi potest post biennium, si ma-
la fides appareat. n. 36.

1.

SI* quis syngrapha suâ confessus fuerit, se pecuniam à Mævio
mutuò accepisse, quam tamen reverà non accepit, ipso jure qui-
dem obligatus est; sed tamen exceptionem non numeratæ pecuniæ
objicere potest creditori: quâ excipit, quòd, licet sub spe nume-
ratio-

rationis secuturæ literis se obligarit, tamen numeratio pecuniæ secuta non sit. Quæ * exceptio antè quidem ex Principalibus constitutionibus ad quinquennium usque procedebat & opponi poterat; hodiè verò ea à Justiniano Imperatore biennio coarctata est. *h. t. l. in contractibus 14. C. eod. tit.* Datur * autem exceptio hæc non solum debitori creditore agente, sed etiam eo non agente, nimirum ad obligationem condicendam, *l. si quasi 7. C. h. t.* Et * hæredibus quoque competit: ita * tamen, ut biennii tempus, quod continuum est, Sichard. *ad l. 3. C. eod. tit.* Zang. *d. excep. p. 3. conclus. 12.* statim à morte testatoris continuetur, nec hæredi de novo currere incipiat. *l. si intra 8. C. d. t.* Inter * mercatores quoque exceptio hæc obtinet, & magis quidem quàm inter alios: cum illi fidem aliorum imprimis sequi soleant, & ideò exceptio hæc originem ab iis traxisse videatur. Alciat. *ad l. qui pecuniam 30. ff. si cert. pet. n. 8.* Bonvenut. Strach. *in tract. d. mercatur. quomod. in caus. mercat. proced. sit. tit. d. except. n. 9. p. m. 532.* Fachin. *libr. 2. controvers. c. 56.* Kizel. *in exegef. d. obligat. mut. c. 8. n. 19.* Harppr. *ad h. t. n. 41.* Treutler. *p. 1. disp. 20. th. 2. lit. C. in fin.* Sed * & competit exceptio hæc, si quis citrà scripturam testibus præsentibus pecuniam se accepisse confessus sit, ita quidem, ut eam semper opponere possit. Harpprecht. *d. l. n. 34.* Quin * exceptioni isti locus est, etiam si statuto caveretur: ut certæ duntaxat exceptiones contra instrumentum opponi debeant. Fachin. *2. c. 84.* Gomes. *d. c. 6. n. 4.* Harpprecht. *d. l. n. 38.* Treutl. *d. l. lit. C.* Opponi * autem potest eadem exceptio etiam post litem contestatam: cum sit peremptoria, cujusmodi exceptio ad sententiam usque opponi potest. *l. prescriptione 8. C. d. except. l. peremptorias 3. C. sentent. rescind. non poss.* Harpprecht. *ad h. t. n. 48.* Quin * eandem exceptionem executionem impedire; tradidere Duenn. *regul. 260. n. 6.* Gomes. *variar. resolut. t. 2. c. 6. n. 3.* Porro * solvens partem debiti in chirographo confessi pro aliâ parte exceptionem non numeratæ pecuniæ opponere nihilominus potest. *arg. l. minorem 2. C. h. t.* Natta *consil. 77. n. 6.* Surd. *d. aliment. tit. 5. pr. 22. n. 16.* Harpprecht. *d. l. n. 52.* ubi * cum Bartolo *l. cum fidem 4. C. h. t.* quæ contra esse videtur, de * casu accipit, quo debitor solvens aliquam quantitatem evidenter refert se ad maiorem quantitatem, chirographo contentam: cum aliàs indebitum ille magis solvisse, quàm fidem cautionis agnovisse videatur. Confes-

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14. fio * verò debitoris geminata excludit hanc exceptionem. *l. in con-*
 15. *tractibus 14. §. 1. circ. fin. C. h. r.* Harpprecht. *d. l. n. 54.* Cessat * item
 16. exceptio hæc in debitore confitente in Chirographo, se pecuniam
 pupilli mutuo accepisse. Et * hoc in favorem pupilli : & quod ve-
 risimile non sit, tutorem sub numerationis spe confellum esse, qui
 in manu & potestate pupilli pecuniam habet. Sichard. *ad d. l. 14.*
 Harppr. *d. l. n. 55.*
17. De * eo maximè circa hanc materiam controvertitur, An ex-
 ceptio hæc non numeratæ pecuniæ post biennium objici possit à
 reo, si paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse? Ubi
 18. * nos sequimur negativam sententiam, quæ solidissimis firmari po-
 19. test rationibus. Nam * ait Justinianus Imperator: *h. t. circ. fin.* idè
 exceptionem hanc ultra biennium extendi non posse, ne creditores
 20. pecuniis suis diutius defraudentur. Hoc * autem fieret semper, si
 post biennium exceptio hæc admitteretur : nemo non enim debi-
 torum reperiretur, qui eam ad solutionem procrastinandam op-
 21. poneret, quomodò sanè saluberrima hæc constitutio eluderetur.
 Ait * etiam Justinianus in *l. 14. pr. C. d. non numerat. pecun.* elapso
 22. biennio querelam non numeratæ pecuniæ *nullo modo* introduci pos-
 se. Et * rescribit Alexander Imperator in *l. si intra 8. circ. fin. C. cod.*
tit. si legitimum tempus (biennium scil.) excesserit, nec tamen ex-
 ceptionem hanc objecerit debitor, omnimodò heredem ejus debi-
 23. tum solvere compelli, etsi pupillus sit. Et * ergò si elapso biennio
 debitor *nullo modo* exceptionem non numeratæ pecuniæ objicere
 potest, sed *omnino* debitum solvere cogitur, nec eo casu rectè eam
 24. proponere potest, ubi onus probandi in se recipere cogitat : verba *
 25. enim *nullo modo* & *omnino* omnes casus excludunt. Præterea * præ-
 scriptio hæc biennalis idè etiam à Legumlatoribus introducta vi-
 detur, ut aliquis litium esset finis, nec Tribunalia litibus cumula-
 26. rentur: proinde * etsi probare velit reus, pecuniam sibi numeratam
 non esse, non tamen à judice admitti debet.
27. Sed * objicitur *l. qui pecuniam 30. ff. d. reb. credit.* ubi traditur,
 qui pecuniam creditam accepturus sponondit creditori futuro, in
 28. potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat. Respondetur * *l. h.*
 sententiam veram esse, ubi debitor pecuniam non accepit ; verum
 ubi elapsum est biennium præsumptio est juris & de jure, eum pe-
 cuniam reverà accepisse.

Objici-

Objicitur * etiam: doli exceptionem perpetuam esse. *l. purè 5. § ult. ff. d. dol. mal. & met. excep.* Resp: * tempus biennii, legis auctoritate subnixum, omnem doli suspensionem excludere: quis * enim debitorum chirographum daret & biennium expectaret, nec tamen vel condiceret eum, vel pecuniam exigeret: certè * negligentissimus esset homo & dignus, ut pecuniam deberet solvere, licet eam non acceperit.

Neque * etiam quidquam hîc movet id, quod adversarii de cerebrina objiciunt æquitate: non * enim æquum solum, sed æquissimum est, creditores pecuniis suis diutius non defraudari; iniquissimum verò esset, debitoribus morosis ansam dare, cautelis & longis ambagibus creditores circumducendi. Secundum * quam sententiam Inclytam Juridicam Facultatem Gissensem decidisse aliquando; testatur Henricus Nebelkraë, *decis. 27.* ubi eam multis probat & contrariis satisfacit. Eandemque calculo suo comprobant Felin. & Alexand. *d. Inmol. in c. 14. x. d. fid. instrument. Joh. Fab. h. t. Duaren. ad tit. C. d. non numerat. pecun. Donell. libr. 14. commentar. c. 38. Zang. d. except. c. 12. n. 24. Frid. Pruckman. consil. 9. n. 16. 17. & seqq. p. 2. Fachin. libr. 2. controvers. jur. c. 8. Harpprecht. ad h. t. n. 12. & seqq. Hunn. variar. resolut. libr. 3. tract. 6. p. 2.*

Quin * nec de juris Canonici æquitate post biennium objici posse hanc exceptionem, nisi mala fides adsit actoris & appareat; statuit Fachinæus. *libr. 2. c. 82.*

Controversia II.

Exceptioni non numerata pecunie debitor renunciare potest.

Summaria.

Doctores de controversia hac diversas tenent sententias. n. 1.

Quorum opiniones recensentur. n. 2. 3. & 4.

Autoris opinio stabilitur. n. 5. 6. & 7.

Obiectio. n. 8.

Solutio. n. 9. 10. 11. & 12.

Obiectio. n. 13.

Solutio. n. 14. 15. & 16.

Obiectio. n. 17. & 18.

Solutio. n. 19. 20. 21. 22. 23. 24. & 25.

1. DE * hac controversia non idem sentiunt Dd. nostri. Qui-
2. dam * enim statuunt, renunciationem exceptionis non nu-
- meratae pecuniae à debitore factam hoc saltem operari, ut debitor
- onus probandi contrarium, pecuniam sc. sibi numeratam non esse;
- in se recipere cogatur : & sic renunciationem tantum operari,
- quantum elapsum biennium operatur. Accurs. in d. l. 3. C. h. r.
- Bachov. in not. & animadvers. in Treutler. p. 2. disput. 26. th. 6. lit. E.
3. Alii * distinguunt, An in continenti, in ipso sc. chirographo facta
- sit renunciatio exceptionis hujus, an verò ex intervallo, ut quidem
- non priori, sed posteriori casu subsistat & valida sit. Joh. Sichard.
- in Codic. ad tit. d. except. non numerat. pecun. n. 12. aliiq; Dd. ibidem.
4. Alii * verò simpliciter statuunt, exceptioni non numeratae pecu-
- niae renunciare posse debitorem, ita ut ea prorsus tollatur: quo-
- rum * opinioni nos calculum nostrum adjicimus. Nam * qui-
- libet favori pro se introducto renunciare potest. l. pen. C. d. pact. Et
- cuilibet licet id, quod suum est, remittere. l. pactum 46. ff. d. pact.
7. Quòd * autem exceptio non numeratae pecuniae in debitoris favo-
- rem introducta sit, nemo inficias ire poterit.
8. Neque * obstat quòd ab aliis objicitur: exceptionem hanc in
- odium creditorum esse introductam; proinde non posse ei à debi-
9. toribus renunciari. Etenim * illud concedendum non est: siqui-
- dem hìc nullum creditorum odium esse debet, qui dolum, vel frau-
10. dem admisisse non praesumuntur: cum * quilibet bonus praesu-
11. matur. Deinde * negatur consequentia argumenti hujus: licet
- enim exceptio hac in odium etiam creditorum esset introducta;
- tamen odium istud à debitorum favore dependeret, & sic per con-
- sequentiam solùm exceptio ista in odium esset creditorum: ideoq;
12. * nihil impediet, quò minus debitores odium istud remittere pos-
- sint creditoribus.
13. Non * adversatur etiam illa ratio: debitores eadem facilitate
- induci posse ad renunciandum isti exceptioni, quàm ad scribendum
14. chirographum & confitendum inducuntur: tum * quòd non
- praesumatur ex facilitate quadam, quæ hìc nimia esset, exceptioni
- huic renunciare debitorem: nemo enim suum jactare praesumitur:
15. l. cum de indebito 25. ff. d. probat. tum * quòd facilitas ista hìc non
16. attendatur amplius: sibi * enim imputet, qui in re sua nimium fa-
- cilis est: damnum siquidem quod quis suâ culpâ sentit, sentire non
- videtur. l. quod quis 203. ff. d. R. I.

Sed

Sed * nec adversatur hæc ratio : quòd hâc admîssâ renuncia-
 tione creditoribus dolus & fraus remitteretur, & creditores ad pec-
 candum invitarentur ; pactio * verò, quâ dolus & fraus remittatur,
 nullius momenti pronuncietur *in l. si unus 27. §. illud 3. ff. d. pact.*
 Respondetur * enim per instantiam : quòd nimium indulgendo mo-
 rosis debitoribus ansa daretur, in debito maximè liquido tergiver-
 sandi & creditores suos malitiosè circumducendi & defraudendi.
 Minimè * etiam præsumitur hisce in nostris terminis, debitores
 chirographum scripsisse in eoq; confessos pecuniam se accepisse,
 quam non acceperint, & insuper quoque renunciationem chiro-
 grapho inferuisse : tam * facilem enim debitorem nemo facile re-
 periet. Quod * *ad d. l. 27. §. illud 3.* attinet, dolus & fraus quidem
 nullâ pactioe expressè remitti potest ; veruntamen pactio, quâ per
 consequentiam demum dolus remissus videtur, valida est. Sic *
 quando convenit, ne depositi agatur, licet vi ipsâ id pactum videat-
 ur, ne de dolo agatur ; tamen prodest pactio ista, veluti respondit
 Paulus J.C. *in d. l. 27. §. 3.* Et * prætereà nec conceditur hîc tacitè
 fraudem remitti, quoniam ut dictum, nec fraus vel dolus in termi-
 nis nostris præsumitur ; Ergò * nec remittitur. *Add. Hunn. variar.*
resolut. libr. 3. tract. 6. q. 3.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

Controversia III.

*Exceptio non numeratæ pecuniæ locum habet, si
 quis antè se accepisse pecuniam confiteretur,
 quàm scriberet Chirographum.*

Summaria.

Status controversiæ, n. 1. § 2.

Autoris affirmativa sententia stabilitur. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. § 9.

Obiectio ex l. 13. C. d. non numeratæ pecuniæ, n. 10.

Solutio. n. 11. § 12.

DE * eo etiam controvertitur inter Doctores, An exceptio
 hæc non numeratæ pecuniæ locum obtineat, si quis chiro-
 grapho confessus fuerit, se antè mutuam accepisse pecuniam, quàm
 scriberet chirographum ? Et * licet videri possit, exceptionem
 hanc locum non habere, tamen nobis affirmativa arridet sententia.
 Nam * leges exceptionem non numeratæ pecuniæ debitori tribu-
 entes

1.

2.

3.

4. entes generaliter & indistinctè loquuntur. Ergò * generaliter
 5. quoque & indistinctè accipiendæ & intelligendæ erunt. Et * pugnat pro eadem sententia ipsa ratio legis, quæ in hoc præsentī casu æquè militat: eadem namque facilitate induci potest debitor, ut spe futuræ numerationis scribat, antè se accepisse pecuniam quàm confiteretur, quàm induci potest ut confiteatur, se illo ipso tempore accepisse mutuum pecuniam, quo scriberet chirographum.
6. Ubi * igitur eadem militat & obtinet ratio, ibi quoque eadem ob-
 7. tinere debet juris dispositio, per jura vulgata. Nihil * etiam refert, utrum quis scribat & fateatur, accepisse se pecuniam, vel ante annum eam accepisse: utroque * enim casu præteritum tempus designat. Neque * enim lex verbis, sed rebus imposita est. l. 2. C. commun. d. legat.
10. Non * obstat. l. generaliter 13. C. d. non numerat. pecun. ubi rescribitur à Justino Imperatore, quòd, si quid scriptis cautum fuerit pro quibuscunq; pecuniis, ex antecedente causa descendentibus, eamque causam specialiter edixerit promissor, non jam ei licentia sit, causæ probationem stipulationem exigere: cum suis confessionibus adquiescere debeat. Respondetur * ex l. adversus 5. C. eod. tit. distinguendo, an ex causa mutui, an verò ex alia præcedente causa, putà depositi, vel emptionis in chirographo confessus sit debitor, ut illo casu exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat; hoc verò locum non habeat. Hoc * enim in casu non inquiritur, an numerata sit pecunia; sed an causa verè præcesserit nec ne, & confessioni statur, donec contrarium probetur. Quam opinionem defendunt Cyn. in d. l. generaliter Ludovic. Roman. in l. 2. §. appellata ff. si cert. petat. col. 1. n. 3. ibidemq; Alexand. & Dec. Gomez. variar. resolut. tom. 2. c. 6. d. contract. mut. n. 4. Fachinæ. controvers. jur. libr. 2. c. 52. Harpprecht. ad h. t. n. 32. Kizel. d. obligat. mut. c. 8. n. 7. & 8. Treutler. p. 1. disput. 20. th. 2. lit. C.



De
OBLIGATIONIBUS EX
 consensu.

TITULUS XXIII.

Controversia I.

*Emptio, venditio, locatio, conductio, societas,
 mandatum propriè sunt contractus.*

Summaria.

Quam ob causam contractus consensuales nudo consensu fieri dicantur. n. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Fundamenta affirmativæ controversiæ hujus sententiæ. n. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

Obiectio. n. 14.

Solutio. n. 15. & 16.

Obiectio. ex l. 20. C. d. pactis. n. 17.

Solutio. n. 18 & 19.

DOcet * Justinianus Imperator *in b. t.* consensu fieri obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis, idèd, quòd neque scripturâ neque præsentia omninò opus sit. Nec * etiam dari quidquam necesse sit, ut substantiam capiat obligatio; sed sufficiat eos, qui negotia gerunt, consentire. In * aliis enim contractibus præter consensum aliquid ampliùs requiritur, ut perfectus sit contractus: veluti in contractibus realibus præter consensum res quoque intervenire, tradi, vel numerari debet, ut absolutus & perfectus sit contractus. *t. t. suprà quib. mod. re contrah. obligat.* In * stipulationibus præter consensum præsentia contrahentium & verba desiderantur: *t. d. V. O.* & * in literarum obligationibus præter consensum, qui omnibus contractibus, etiam nudis pactis, communis est, scriptura requiritur, de qua in præcedenti titulo actum fuit. Quibus * in contractibus modò relatis non intervenientibus, absolutus & perfectus contractus dici non potest: consequenter neque obligatio neque actio exinde nascitur. At * verò in obligationibus, quæ consensu perficiuntur, sufficit consensum esse utrinque, ut perfectus

ctus & absolutus sit contractus, atque obligatio & actio possit nasci. *l. 2. §. 1. & l. obligamur § 2. §. pen. & ult. ff. d. obligat. & action.*

8. Interim * tamen obligationes istæ consensuales *συμβασιμα* sive negotium habent, ut ideò verè & propriè sint ac dici possint contractus; cæteroquin * nuda essent pacta, quæ ad excipiendum solùm, non verò ad agendum efficacia sunt. *l. juris gentium 7. §. sed cum nulla 4. ff. d. pact. l. divisionis placitum 45. eod. tit. l. legem. 10. & l. cum proponas 21. C. d. t.* Ideò * autem obligationes istæ verè & propriè dicendæ erunt contractus: quoniam præter negotium, quod iis inest, in proprium & speciale contractus nomen transeunt. Unde * sic argumentari possumus: Quæcunque obligatio negotium habet & in proprium ac speciale contractus nomen transit, ista verè & propriè est contractus. Atquin obligationes consensuales negotium habent & in proprium ac speciale contractus nomen transeunt. Ergò verè & propriè sunt contractus.
12. Nam * sibi invicem opponuntur contractus nominati sive proprii, nuda pacta, vestita sive legitima pacta, & contractus innominati: quòd nuda pacta in terminis nudæ conventionis consistant, legitima ex legis assistentia obligationem & actionem producant, & innominatis contractibus negotium quidem insit, non tamen speciale contractus nomen habeant, nec inter contractus recenseantur.
13. Et * ergò contractus nominati, quotquot etiam sunt, propriè sunt contractus: qui hoc negat, is certe nimix & superstitiosæ scrupulositatis labe in Jurisprudentia nostra laborat.
14. Neque * obstat: quòd contractus consensuales passim nudo consensu fieri dicantur in legibus, veluti in *l. consensu 2. ff. d. O. & A. l. quòd si nolit. 31. §. illud 15. ff. d. adilit. Edict. l. qui ad certum 14. ff. locat. l. prout 80. ff. d. R. I. h. t. d. obligat. ex consens.* Etenim * non dicitur hoc in oppositis textibus oppositivè ad *συμβασιμα*, sive negotium, quasi hoc non habeant contractus isti, sed oppositivè ad alios contractus, in quibus præter consensum & negotium aliquid ampliùs requiritur: nimirum in stipulatione verba, in mutuo res sive pecunia, & in literarum obligatione scriptura. Quod * exprimit Gajus JC. in *d. l. 2. §. 1.* ibi dicens: istis modis consensu dici obligationem contrahi, quia neque verborum neque scripturæ ulla proprietas desideretur, sed sufficiat, eos qui negotia gerunt, consentire.

Neque

Neque * obstat etiam *l. traditionibus 20. C. d. pact.* ubi traditionibus & usucapionibus non nudis pactis dominia rerum transferri dicuntur. Negatur * enim consequentia argumenti, quod ex *d. l. 20.* potest deduci: licet namq; contractus consensuales hoc commune habeant cum nudis pactis: quod, sicut nudis pactis dominia rerum non transferuntur, ita nec istorum contractuum nudis titulis; tamen exinde non sequitur nuda pacta esse contractus istos: quoniam sc. negotium habent, ut idem ex iis obligatio & actio nascatur, quæ in nudis pactis deficiunt. Quod * verò hi contractus negotium habeant, deductione minimè indiget: cum id per se non solum planum sit; sed etiam in *d. l. 2. §. 1. à Gajo JC.* manifestè satis traditum: *ibi sed sufficit eos, qui negotia gerunt, consentire. Addat. Harpprecht. ad h. t. n. 12. & Ungepaur. Exercit. Iustinian. 12. q. 1.*

17.

18.

19.

De EMPTIONE VEN- ditione.

TITVLVS XXIV.

Controversia I.

Emptio venditio est contractus juris Gentium.

Summaria.

Etymologia verbi *Vendo. n. 1. 2. & 3.*

Etymologia verbi *Emo. n. 4. & 5.*

Utriusq; verbi etymologia tradita tanquam verborum allusio, non tanquam vera etymologia acceptatur. *n. 6. & seqq. usq; ad n. 15. inclusive*

Etymologia verbi *ἐμπροσθ* *n. 16.*

Principalis controversia stabilitur. *n. 17. 18. 19. 20. & 21.*

Obiectio ex *§. 41. inst. d. R. D. n. 22.*

Solutio. *n. 23. 24. & 25.*

Obiectio. *n. 26.*

Solutio. *n. 27. 28. 29. 30. 31. & 32. !*

Verbum * *vendo* dictum putat D. Harppr. *ad pr. h. t. n. 1.* post autores à se allegatos, quasi *venum do*, literis *V M* abjectis: unde

1.

- fiat *vendo*: ut vendere idem sit, quasi *venum dare*, vel *facere*; ut ab eo qui tradit, aut traditurus est, res exeat & veniat ad eum, cui traditur. Unde * res quæ tradatur dicatur *venum ire*, sive contractius venire. Verbum * *emo* verò derivat D. Harpprechtus à Græco ἐμὸν, quod vocabulum *meum* significat, unde * ἐμπορς Mercator, & ἐμπίστον Forum deductum sit: ubi simul D. Bocerum, *ad pr. h. t. n. 53. & seqq.* vocabulum hoc primitivum esse asserentem, revellit. Nobis * utriusque vocabuli etymologia videtur nimis longè petita esse, ideoque non tanquam vera etymologia, sed tanquam verborum allusio sustineri & tolerari posse. Et * posterius quidem vocabulum *emo* cum D. Bocero dixerimus potius à nullo alio derivatum esse. Nam * & mutuum dicitur, quasi *meum* & *tuum*, sive quòd ex meo tuum fiat; *pr. instit. quib. mod. re contrahit. obligat.* sic verò confunderetur etymologia *mutui* cum etymologia vocabuli *emo*: ideoque * nec juridico modo admittendum videtur, à Græco ἐμὸν derivari *emo*: ut contra Bocerum disputat & statuit Harpprechtus: *d. l. si quidem* * per contractum emptionis venditionis res empti non fit mea, sed demum per subsecutam traditionem: *l. traditionibus 20. C. d. pact.* quò * conferunt ea quoque, quæ in præcedenti titulo de contractibus consensualibus diximus. Et * licet etymologiam hanc logicè & juridicè intellectam salvari quis parârit intuitu traditionis secutæ, vel actionis ex contractu emptionis venditionis, competentis emptori; tamen * idem aliis quoque contractibus commune est; Et * quamvis etiam *L. 12. Tabular. emptionis* verbum omnem alienationem complexum fuisse concedamus; tamen nec illâ lege nudis titulis dominia rerum transferebantur: ut sic etymologia hæc rationi juris haud convenire videatur. Vocabulum * ἐμπορς verò minimè ab ἐμὸν, sed à Græco ἐν & πορς transitus deducitur, quasi mercator, qui in transitu sit.

- Quod * attinet verò principalem controversiam nostram: juris Gentium contractum esse emptionem venditionem, non dubitamus: nixi autoritate Pauli in *l. 1. §. 1. ff. d. contrah. empt. vend.* ubi disertè eam juris Gentium contractum esse dicit. Idem * probat *l. 5. ff. d. just. & jur.* ubi respondet Hermogenianus J.C. ex jure Gentium commercium, emptiones, venditiones, locationes conductiones, obligationes institutas esse. Et * *l. 7. pr. & §. 1. d. pact.* ubi tradit Ulpianus J.C. quòd juris Gentium conventiones quædam actiones pariunt.

riant, quædam exceptiones: & * deinde inter eas, quæ actiones pariunt, referat J.C. etiam emptionem, venditionem. Sicut * & hanc sententiam probat §. *jus autem instit. d. jur. natur. gent. & civil.* ubi ex hoc jure Gentium omnes penè contractus introductos esse, dicitur, & emptio & venditio tanquam exempla subjiciuntur. Et * quod juris Gentium sit hic contractus, probat notorietas rei: cum sciamus, omnes Gentes antè contractu isto emptionis venditionis usas fuisse & adhuc dum uti.

Non * obstat §. *venditor 41. instit. d. R. D.* ubi ait Justinianus Imperator: venditas res & traditas non aliter emptori adquiri, quàm si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit; quod quanquam *L. 12. Tabular.* caveatur; tamen rectè dicatur & jure Gentium, id est naturali effici. Respondetur * enim, quod, licet *L. 12. Tabular.* & jure Civili de emptione venditione disponatur & juri Gentium etiam aliquid addatur, nihilominus tamen emptio venditio maneat contractus juris Gentium: nam * ex hoc jure omnem penè substantiam suam habet; ideoque * juris Gentium potius contractus hic, quàm juris civilis dicendus erit: nimirum à potiori & pluri, quod contractus hic ex jure Gentium habet.

Non * obstat etiam: quod nummus ab initio incognitus fuerit, sed demum usu & necessitate humanâ exigente inventus & introductus; *l. 1. ff. d. contrah. empt. vendit.* jus Gentium verò sit, quod ab initio statim cum genere humano prodit. *l. 1. pr. ff. d. acquirend. rer. domin. §. singulorum 11. instit. d. R. D.* Respondetur * namque distinguendo: 1. inter jus Gentium primævum & secundarium: 2. * inter contractum permutationis & contractum emptionis venditionis. Quibus * distinctionibus præmissis dicendum est: de jure Gentium primævo introductam videri permutationem; de jure Gentium verò secundario emptionem venditionem. Etenim * jus permutationis & commercii jas Naturæ cum genere humano prodidisse; nemo erit, qui hoc negare poterit. Nummos * verò postea humanâ necessitate ita exigente Gentium constitutione esse introductos, in confesso est. Et * ergo permutatio juri naturali sive juri Gentium primævo; emptio venditio verò nummis introductis juri Gentium secundario adscribenda videtur. Bartol. *in d. l. 1. ff. d. contrahend. empt. vendit.* Bald. *ad rubric. C. eod. tit. q. 1.* Fabian. *d. Mont. d. empt. vendit. q. 1. pr. n. 4.* Connan. *lib. 1. comment. jur. civil.*

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

31.

32.

c. 5. n. 8. Harpprecht. ad pr. h. t. n. 7. & seqq. Treutler. p. 1. disp. 28.
 th. 1. lit. D. ibique Bachov. & Hunn.

Controversia II.

A perfecta nec consummata emptione venditione recedere licet, si modò emptor arrhas amittere, vel venditor duplicatas restituere velit.

Summaria.

Status controversiæ. n. 1. 2. & 3.

Cyni sententia in hac controversia. n. 4.

Glossæ sententia. n. 5.

Salyceti sententia. n. 6.

Status controversiæ formatur. n. 7. 8. & 9.

Autor opinionem suam probat. n. 10. 11. 12. 13. & 14.

Explicatio pr. h. t. à Dn. Harpprechtio tradita. n. 15. & 16.

Quæ revellitur. n. 17. usq. ad n. 33. inclus.

Recusans adimplere contractum præter arrharum amissionem ad nullum aliud interesse tenetur. n. 34. 35. 36. & 37.

Objectio ex l. 28. ff. d. act. empt. & l. 41. ff. pro sec. m. 38. & 39.

Solutio. n. 40. 41. 42. 43. & 44.

Autoris opinio est practica & moribus recepta. n. 45. & 46.

Ad nullum planè interesse tenetur recusans adimplere contractum. n. 48. & 49.

1. **D**E* hoc nulla est dubitatio, quòd, si nondum perfecto contractu emptionis venditionis arrhæ fuerint datæ, utraq; pars recedere ab eo possit; ita tamen ut emptor perdat arrhas, venditor verò duplicatas restituat. Verùm* illud valdè controversum est:
2. An perfecto contractu resilire ab eo possint contrahentes, si arrhas amittere velint? In* qua sanè controversia Antonius Gomesius
3. tom. 2. variar. resolut. c. 2. n. 18. tres Dd. sententias refert. Prima*
4. est Cyni in l. contractus 17. §. illud C. d. fid. instrument. quòd contrahentibus licitum quidem sit à contractu recedere, ut tamen præter arrharum amissionem totale simul interesse præstetur. Secunda*
5. sententia est Glossæ in d. §. illud quòd quidem hoc casu contractum servare recusans arrhas amittat & ad interesse teneatur; sed tamen
6. arrhæ istæ in interesse imputentur. Tertia* sententia est Salyceti in d. §.

in d. § illud quamlibet partem à contractu licitè resilire, sed verò arrhas solùm perdere, non etiam ad interesse teneri.

Sanè* ut distinctiùs expediatur & decidatur præsens controversia, sciendum, triplicem hic concurrere quæstionem: 1. Est, an à perfecta emptione venditione recedere possit alterutra pars contrahentium, si arrhas amittere velit: 2. * an, si recedere possit, præter arrharum amissionem recusans consummare contractum etiam ad interesse teneatur: & * 3. si ad interesse teneatur, an ad totale interesse, an verò in interesse imputentur arrhæ. Quod* primam quæstionem concernit, ad eam affirmativè respondemus: quòd sc. contrahentes, si arrhas amittere velint, etiam à perfecta emptione venditione recedere possint: quam sententiam probamus per textum satis clarum *in pr. h. t.* ubi id, quod arrhæ nomine datum, argumentum emptionis venditionis contractæ esse dicitur. Atquin à contractu isto resilire licet, si quis arrhas amittere velit. *d. pr. & l. contractus 17. §. illud. C. d. fid. instrument.* Quod* evidentiùs probat versiculus *hoc enim subsequuto d. pr.* ubi hæc habentur verba: *Hoc enim subsequuto: sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est: is qui recusat adimplere contractum, siquidem est emptor: perdit quod dedit, si verò venditor: duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum.* Ex* quo versiculo manifestè constat: contrahentes contractum emptionis venditionis perfectum & absolutum adimplere, vel consummare (quod hic idem est) recusare posse: modò arrhas perdere velint. Nam* loquitur versiculus de emptione venditione, quæ celebrata & contracta est. Sed* verò illa emptio venditio celebrata & contracta solùm dici potest, quæ absoluta & perfecta est.

Excipitur* hîc à Dn. Harpprechtò *ad pr. h. t. n. 95.* ab initio quidem loqui Imperatorem de emptione contracta & perfecta; sed tamen *in seqq.* loqui eum de emptione venditione nec dum perfecta. Et* quòd *in versic. hoc subsequuto*, subjiciatur de emptione venditione celebrata; hoc non de emptione omninò perfecta, sed potiùs de emptione celebranda sive perficienda suscepta posse accipi. Quæ* sanè dura est interpretatio & ipsi textui omninò adversa. Nam* manifestè loquitur textus & quidem bis in principio & fine de emptione venditione contracta & sic perfecta, vel absoluta; interpretatio* verò ista est de emptione venditione perficienda.

Sicut*

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

10. Sicut * igitur per rerum naturam ex præterito futurum fieri non potest, nec ex futuro præteritum; ita nec verba illa textus de præterito clarissimè loquentia ullo modo de futuro explicari possunt.
20. Sic * autem se res habet, in *l. pr.* quòd ibi tam de emptione venditione perfecta & absoluta, quàm nondum perfecta vel absoluta dicatur: ita scil. ut utroque casu perdantur arrhæ, si alterutra pars contrahentium vel perficere recuset contractum, vel perfectum adimplere & consummare. Et * de hoc posteriori nullum erat dubium, quin perdantur; de priori verò casu, quo nondum perfecta erat emptio, dubium esse poterat, an perderentur: nimirum * quoniam nondum perfectus erat contractus; quomodò igitur amitti possent arrhæ: cum contractus imperfecti nullus esse possit effectus & sic nulla obligatio? Quoniam * tamen tacitè contractum censetur hoc casu inter partes: ut, nisi perficiatur contractus, arrhæ datæ amitti, vel duplicatæ restitui debeant; ideoq; emptor datas amittit, venditor recusans duplicatas restituit. Quòd * verò præsens textus noster tam de emptione venditione perfecta, quàm perficienda loquatur; apparet ex ipso textu: nam loquitur de emptione sine scriptis & in scriptis; in eoque utrumque casum opponit sibi invicem: quòd illa statim sit perfecta, etiamsi in scripturam redacta non fuerit; hæc verò aliter perfecta non sit, nisi scriptura secuta & in mundum redacta fuerit: secundùm *d. l. contractus 17. §. illud 3. C. d. fid. instrument.* In * priori casu pœnitere non licet, sed adimplenda vel consummanda est emptio venditio; posteriori verò casu pœnitere licet & quidem impunè, nisi utroq; casu arrhæ datæ fuerint: tùm
27. * enim resilire licet alterutri contrahentium, si arrhas malint amittere, quam contractum perficere, vel adimplere sive consummare:
28. sive perfecta sit emptio sive nondum perfecta. Nam * quandocunque arrhæ sunt datæ, tacitè inter partes conventum censetur, ut, si alterutram partem contrahentium pœnitere contigerit, arrhæ amittantur, vel duplicatæ restituantur: ubicunque * verò amittuntur arrhæ, vel duplicatæ restituantur, præsupponitur, contractum vel perficere, vel consummare recusatum esse & quidem ita, ut tum amissis arrhis neutri parti ad perficiendum & adimplendum sive consummandum contractum ulla ampliùs actio superesse & com-
30. petere debeat. Ad * quid enim amitterentur arrhæ? neque enim dicere quis possit, & arrhas amittere recusantem, & simul etiam servare

servare teneri contractum; Aut * namque amittit arrhas recusans, aut servare contractum tenetur: tertium non datur; si * perdit arrhas, contractum servare non tenetur, sin servat, perficit, vel consummat contractum, arrhæ in salvo manent & in sortem imputantur. Et * ergò cum uterque casus recusantis scil. perficere & consummare contractum in hoc comparentur, quòd arrhæ amittantur; inevitabiliter sequitur, arrhis amissis utrique parti contrahentium utroque casu pœnitere licere.

Porro * ad secundam quæstionem veniendo, An scil. præter arrharum amissionem etiam ad interesse teneatur contractum emptionis venditionis adimplere & consummare recusans, ad eam negativè respondemus: nam * dum arrhas dat emptor & venditor eas acceptat, non solum in argumentum sive contrahendæ sive contractæ emptionis venditionis, sed etiam interesse loco, vel pœnæ, si alterutram partem resilire à contractu contigerit, dedisse arrhas & acceptasse tacitè censentur contrahentes; aliud * igitur interesse prætereundum non possunt: cum illud jam antè à partibus tacitè constitutum & definitum sit. Et * facit hùc: quòd leges, ut *d. pr. & d. l. 17. §. illud* de arrharum amissione disponentes, nullius planè interesse mentionem faciant, sed solum arrharum amissionis. Neque * hìc obstat *l. prædia 28. ff. d. act. empt.* ubi pœnà stipulatà si pluris intersit venditoris, is ad interesse quoque agere potest. Sicut * neque *l. si quis 41. ff. pro soc.* in qua socius à socio pœnam stipulatus pro socio agere non potest, si tantundem in pœnam sit, quantum ejus interfuit. Etenim * diversa est ratio arrharum & pœnæ: nam pœna principaliter loco ejus quod interest interponitur. Ergò * quando interesse excedit pœnam, nihil prohibet, quò minus illud pluris peti & exigi possit. At * verò arrhæ non principaliter ratione interesse, sed ne irritus fiat tractatus, vel contractus, etiam si nihil intersit contrahentium, dari solent; & * interesse in consequentiam solum iis tanti, quanti sunt arrhæ, determinatum & definitum est. Et * ergò licet pluris sit interesse arrhis; tamen, quia iis datis super interesse quoque tacitè conventum & transactum videtur, præter id, quod conventum est ante, nihil ultra petere possunt contrahentes.

Quam * opinionem nostram in practica servari; tradit Salyce- tus: in *d. l. 17. §. illud* & * moribus eam receptam esse, testatur Fa-

31.

32.

33.

34.

35.

36.

37.

38.

39.

40.

41.

42.

43.

44.

45.

46.

47.

chinæus libr. 2. *controvers.* c. 28. *circ. fin.* atque tenet Azo in *summ. Codic. d. contrahend. empt.* alique Dd. ab eo allegat. Salycet. & Sychard. in *C. ad d. l. 17. Treutl. p. 1. disp. 28. th. 8. lit. B.* Quam* tamen opinionem limitat Anton. Gomes. *variar. resolut. tom. 2. c. 2. n. 18. circ. fin.* in casu, quo pro parte pretii ejusque solutione datæ sunt arrhæ, quo dicit, nullam partem à contractu recedere posse, etiamsi arrhas amittere velit, vel duplicatas restituere.

48.

Cæterum* tertia quæstio, ad quod nam interesse teneatur pars, recusans adimplere contractum, ulteriori decisione & deductione

49.

non eget; cum* eo ipso decisionem suam nacta sit: quod scil. præter arrharum amissionem nullum amplius interesse locum habeat, vel peti possit.

Controversia III.

Venditor rem præcisè tradere tenetur.

Summaria.

Antiqua non solum, sed etiamnum hodie controversia hæc valdè controversa est. n. 1.

Affirmativa sententia stabilitur. n. 2. usq. ad n. 13. *inclus.*

Quæ statuto Wirtembergico comprobata est. n. 14.

Obiectio. n. 15.

Solutio n. 16. 17. & 18.

Obiectio ex l. 12. ff. d. act. empt. n. 19.

Solutio. n. 20.

Obiectio. n. 21.

Solutio. n. 22.

Limitatio. n. 23.

Opinio nostra communiter recepta est. n. 24.

1.

Vetus* hæc fuit non solum inter Martinum & Johannem antiquos Glossatores, sed etiamnum inter modernos Jcc. valdè agitata est controversia: An rem venditam præcisè tradere teneatur

2.

venditor, an verò interesse præstatione à traditione rei liberare se possit? Ubi* nobis Martini affirmativa placet sententia, quæ probatur 1. ex §. *alia* 2. *instit. d. donat.* in quo argumentatur Justinianus ab emptione venditione ad donationem: ut, sicut in emptione venditione traditionis necessitas incumbit venditori, ita etiam in donatione ea donatori incumbat. Cum* igitur in donatione certum sit, donatorem præcisè ad rei traditionem teneri, l. 35. §. ult. C.

3.

d. donat.

d. donat. neque interesse præstatione liberari; sine omni dubio venditor quoque ad ipsam rem præcisè tradendam tenebitur. 2. Probat^{ur} * hæc sententia ex §. 1. *h. t.* ubi habetur: venditorem omnimodò rem tradere teneri; vocula *omnimodò* autem ejus est efficaciam, ut nullam modificationem sive limitationem admittat. *l. & ita 3. §. 1. versic. at hoc Edicto omnimodò, & c. naut. caup. stab. 3.* Stabilitur * eadem sententia ex *l. ex empto 11. §. ff. 2. d. act. empt.* in qua respondet Pomponius J Ctus: imprimis ipsam rem præstare venditorem oportere; sed verbum *oportere* præcisam importat necessitatem. *l. 1. pr. ff. d. just. & jur.* Ex * qua *l. 11.* etiam præcipuè hoc observandum est: quòd phrasin illam, *ipsam rem præstare oportere*, ita explicet J C. id est tradere. Quo * significat J C. omnem alium rem præstandi modum excludi, & illud esse *rem præstare*, nimirum si ipsa res tradatur. Et * idem in jure nostro Wirtembergico cautum est. Fürstl. Wirtemberg. Landr. fol. 270. §. So bald ein Kauff beschloffen / *ibi, dargegen ist der Verkaufser verbunden / re. 4.* Accedit * ad confirmationem sententiæ nostræ hæc ratio: quòd venditor non solùm tradere teneatur rem venditam, sed etiam dare, hoc est, dominium transferre: si * modò habeat dominium rei venditæ. *d. l. ex empto 11. ff. d. act. empt. l. cum manu sua §. fin. ff. eod. tit. 5.* Haud * leviter facit: aliud pro alio invito creditore solvi non posse. *l. 2. ff. eod. tit. 6.* Pro * eadem sententia concludit: quòd bono & commodo emptoris non venditoris introductum sit, ut hic non tradens rem venditam ad interesse teneatur. Bald. in *l. si traditio C. d. act. empt.* Itaque * non in venditoris, sed emptoris arbitrio & electione erit, an ad rei traditionem, an verò ad interesse agere velit. 7. Et * ultimo hùc confert: quòd promissionis fides servanda sit; non verò servaretur, si venditor non rem tradere, sed interesse præstare & sic aliud pro alioolvere vellet.

Neque * obstat, quòd ea, quæ facti sunt, interesse solutione præstari possint; rem verò tradere facti sit. Nam * respondetur: ea quæ meri sive nudi facti interesse præstationem recipere; at rem tradere non est nudi sive meri facti, sed aliquid juris commixtum habet, & dationem quandam in se continet: sequeretur alias, nec eum, qui ad dandum obligatus, tradere debere, contra *l. 75. §. ult. ff. d. V. & O.* Vel * distinguendum est inter facta laboriosa, ut tabulam pingere, Romam ire &c. & facta momentanea, quæ momento præ-

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

stari queunt, ut rem tradere in momento & etiam vel unico verbo expediri potest : ab illis demum interesse præstatione liberatur quis ; hæc verò præcisè præstari debent. Vel * cum Antonio Fabro *conject. lib. 6. c. 17.* dicendum : illa facta interesse præstationem admittere, quæ ut quis faciat, cogi non possit sine vi & impressione ; traditio verò rei factum hujusmodi non sit.

19.

Non * obstat etiam *l. si jactum. 12. ff. d. act. empt.* ubi respondit Celsus JC. quòd, si jactum retis emero & jactare retem piscator noluit, incertum ejus rei æstimandum sit, si quod extraxit piscium red-

20.

dere mihi noluit, id æstimare debeat, quod extraxit. Etenim * retem jactare res meri facti est, proinde æstimationem præstando liberari potest venditor : & licet etiam jactarit, tamen æstimari jactus potest ; nam ab initio factum nudum sive merum, vel laboriosum, vel quod non, nisi vi & impressione cogi potest, in contractum deductum erat, quod sufficit ; cum initium cujusq; contractus inspiciendum sit. Sed * nec obstat : *l. 1. pr. l. 11. §. 9. d. action. empt.* siquidem

21.

22.

* in arbitrio emptoris positum, an ad interesse an verò ad ipsam rem agere malit.

23.

Cæterum * ubi tradendi facultatem non habet venditor, interesse præstare potest. *l. 1. d. l. 11. §. idem ait. 9. ff. d. act. empt.* si traditio 4. *l. cum venditorem 10. l. si ancillam 12. C. eod. tit.* Si verò habet facultatem tradendi rem venditam, nec tamen tradit ; vel alternativè agere potest emptor, ut venditor vel tradat rem, vel interesse solvat : vel ad alterutrum separatim agere potest emptor, vel ad rem tradendam, vel ad solvendum interesse. Mynsing. *cent. 1. observat. 35.* Quæ * opinio communiter à Dd. recepta est. Martin. *antiq. Gloss. Accurs. Bartol. Costal. Paul. d. Castr. & Dd. communiter ad*

24.

l. 1. ff. d. act. empt. Anton. Faber. *d. c. 17. & err. pragmat. decad. 22. err. 4.* Coras. *libr. 2. miscellan. c. 3.* Fabian. *d. Monte d. empt. vendit. question. 6. principal. numero 38.* Didacus. Covarruvias *variar. resolut. libr. 2. c. 19.* Cujac. *libr. 1. recept. sentent. Pauli tit. 13. §. si & quod & in l. 72. ff. d. V. O. Gæddæ. d. contrah. & committ. stipul. c. 9. conclus. 4. n. 65.* Wessenbec. *in w. ff. d. contrah. empt. vendit. n. 4.* Donell. *in d. l. 72. Costal. in d. l. 1. ff. d. act. empt.* Pinell. *in l. 2. C. d. rescind. empt. vendit. p. 2. c. 3. n. 20.* Hotomann. *ad tit. ff. d. contrah. empt.* Francisc. Viv. *in commun. opin. verb. venditor Vaud. 1. variar. q. 9.* Althus. *in Dicaologic. libr. 1. c. 74. n. 30.* Duaren. *in l. 5. n. 14. ff. d. in lit. jur.*

lit. jur. Mantic. d. tacit. & ambig. libr. 4. tit. 3. n. 16. & seqq. Alciat. in l. 1. n. 24. & seqq. C. d. eo quod interest. Harppr. pr. h. t. n. 33. & mult. & sqq. ubi prolixè. Treutler. disput. 28. thes. 2. sub lit. C. vol. 1.

Controversia IV.

Emptor venditori vacuum possessionem tradere tenetur.

Summaria.

Quando res vacans & vacare dicatur. n. 1.

Quæ vacua sit possessio. n. 2.

Venditor emptori rem tradere tenetur, tam ratione dominii, quàm possessionis. n. 3.

Non tamen eum dominum præcisè facere tenetur. n. 4. & 5.

Si dominus non sit venditor, tantum evictionis nomine obligatus est emptori. n. 6.

Vbi tamen distinguitur inter emptorem ignorantem & scientem, rem alienam esse. n. 7. & 8.

Duplex limitatio. n. 9. & 10.

Venditor, si dominus est rei venditæ, dominium transferre tenetur. n. 11. 12. & 13.

Venditor vacuum quoque possessionem tradere debet. n. 14. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.

Donelli contraria sententia. n. 21.

Primum Donelli argumentum. n. 22.

Solutio. n. 23. 24. & 25.

Secundum Donelli argumentum. n. 26.

Solutio. n. 27. & 28.

Tertium Donelli argumentum. n. 29.

Solutio n. 30. & 31.

Quartum Donelli argumentum. n. 32.

Solutio. n. 33. 34. & 35.

Donelli responsio ad l. 1. §. 1. ff. d. adquir. possess. n. 36.

Refutatio. n. 37. & 38.

Fabiani d. Monte objectio ex l. 68. §. 2. ff. d. contrah. empt. n. 39.

Solutio. n. 40.

VAcans * vel vacare res dicitur, quando nullus in ea legitimum titulum habet, ex quo eam detineat; licet possessio apud alium, absentem sc. sit constituta. l. 1. C. si per vim vel alio mod. &c. Vacua * possessio appellatur, quæ ab alio nec animo, nec corpore detinetur, & in qua nullus etiam est simplex detentator. l. 2. §. vacua ff. d. act. empt. Gloss. in l. fin. C. unde vi Fabian. d. Monte d. empt.

3. *vendit. q. 6. princ. n. 62. & 65.* Planè * venditor rem venditam emptori tradere tenetur tam ratione dominii, quàm ratione possessionis: & * quidem si dominus est, dominum transferre; sin verò dominus non est, emptorem dominium facere obligatus non est: per textum expressum in *l. si ita distrahatur 25. §. 1. ff. d. contrah. empt. vendit.* ubi ait Ulpianus JC. qui vendidit, necesse non habet, fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spon-
 4. dit. Et * probatur per textum in *l. rem alienam 28. eod. tit.* ubi idem Ulpianus dicit: rem alienam distrahere quem posse, nullam dubitationem esse. Wesenb. in *ω. ff. d. contrah. empt. vendit. n. 12.*
 5. Quo * casu, si dominus non sit venditor, tantum evictionis nomine obligatus est emptori. *l. ex empto 11. §. 2. ff. d. act. empt.* Et *
 6. quidem si ignorans fuerit emptor, rem alienam esse, ad totale interesse ei tenetur venditor; sin * verò sciens, neque interesse neque pretium ei restituit: nisi de evictione stipulatus fuerit emptor, quo casu ei pretium restituendum est. *l. si fundum 45. C. d. evict. l. 1. §. 1. ff. d. act. empt. & vendit. l. 1. §. si intelligatur 6. l. cum queritur 14. §. fin. l. si tamen 48. §. 4. ff. d. adilit. edict.* Gomel. *variar. resolut. tom. 2. c. 2. n. 42.* Ubi * tamen hoc duobus modis limitat Gomesius: 1. in casu quo emptor emit rem prorsus alienam: 2. * nisi in utilitatem venditoris conversum sit pretium: quibus casibus emptor ad pretium agere possit. *l. fin. §. fin. C. commun. d. legat. l. emptor 65. ff. d. R. V.*
 7. Venditor * igitur dominium, si id habet, tradere emptori & transferre in eum tenetur: nam * emptor vicissim pretium venditori tradere cogitur, hoc est, dominium in eum transferre, *l. ult. ff. d. condict. caus. dat.* eumque pecuniæ dominum facere. *l. 1. ff. d. rer. permutat, ibi: nummos fecerit accipientis. l. si servos 7. C. d. act. empt.* Ideoq; * venditor idem in re vendita præstare debet: contractus enim claudicare non debent.
 8. Quoniam * itaque dominium tradere & transferre necesse habet venditor, sequitur jam: eum etiam vacuam tradere possessionem obligatum esse: siquidem * absque naturali rei apprehensione & possessione dominium tradi & transferri non potest; tum
 9. * namque dari res, id est dominium ejus transferri, dicitur: cum vacua ejus possessio traditur. *l. si pater 8. C. d. act. empt.* ubi rescribunt Valerianus & Gallienus Imperatores: nisi venditor emptorem
 10. rem

rem in vacuum possessionem induxerit, omne jus penes venditorem mansisse & nihil in emptorem translatum esse: & si venditor ad inducendum emptorem in vacuum possessionem conventus fuerit, videndum esse prius, an pretium solutum sit.

2. Vacua * etiam possessio emptori tradita non intelligitur, si alius in ea legatorum fidei commissorum servandorum causâ in possessione sit, aut creditores bona possideant, & si venter in possessione sit: nam & ad hoc pertinet vacui possessio, veluti respondetur à Paulo JC. in l. si in emptione 2. §. 1. ff. d. act. empt. vendit.

3. Sed * & dominium rerum ex naturali possessione cœpisse, notum est & responsum ab eodem Paulo, in l. 1. §. 1. ff. d. adquir. vel amitt. possess. ubi traditum: quod ea, quæ terrâ, mari cœlo ve capiuntur, protinus eorum fiant, qui primi possessionem eorum adprehenderint. Item bello capta & insula in mari enata, & gemmæ, lapilli, margaritæ in litoribus inventæ ejus fiant, qui primus eorum possessionem nactus est.

4. Pro * sententiæ hujus confirmatione adducitur l. ratio 3. ff. d. act. empt. vendit. ubi respondet Pomponius JC. quod ratio possessionis, quæ à venditore fieri debeat, talis sit, ut, si quis eam possessionem jure avocaverit, tradita possessio non intelligatur.

5. In * eandem sententiam faciunt textus l. Mævius 66. §. fundo legato 6. ff. d. legat. 2. l. qui concubinam 29. §. si hæres 3. ff. d. legat. 3. l. non videtur 22. ff. d. adquir. vel amitt. possess. l. 4. §. tunc in potestate ff. d. usurpat. & usucap. l. mulieris 13 §. desinere ff. d. V. S. l. fistulas 78. §. 1. ff. d. contrah. empt. vendit. l. cum res 12. C. d. probat. l. cum fundum 8. pr ff. d. vi & vi armat. qui omnes textus vel de tradita, vel de tradenda possessione agunt.

Quam * sententiam convellere conatur Donellus libr. 4. comment. c. 19. cujus argumenta recensere & brevibus eis, quoniam tanti momenti non videntur, satisfaciemus. 1. Donelli * argumentum est: legem nihil amplius requirere in venditore, quam traditionem; tradi verò rem, quando sine impedimento tenenda detur. Quæ * sanè falsa ratio est: nam traditionem hanc non simplicem & nudam esse debere, sed domini & per consequens possessionis, ex antè positis fundamentis nostris dilucidissimè constare censemus. Quod * enim res deposita, & pignus &c. tradi dicitur, hoc largè dicitur & improprie atque abusive accipiendum est; in

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25. in * contractu emptionis venditionis verò vera & legitima traditio à parte utraque intervenire debet.
26. 2. Donelli * argumentum est: quòd in quæsito dominio possessione non semper necessaria sit; Ergò nec in acquirendo dominio ea sit necessaria. Respondetur * negando consequentiam: dominium enim semel naturaliter & legitime acquisitum retinetur, etiam amisà possessione, quia semel acquisitum est: & * diversa est possessionis causa à dominii causa. Dominium igitur, quod animo solum potest retineri, sine possessione bene consistere potest.
27. 3. Argumentatur * Donellus: quod dominium sine possessione acquiri possit: quod probat per *l. adquiruntur 10. §. pen. ff. d. acquir. rer. domin.* ubi liber homo, bonà fide serviens, donatum acquirat, qui tamen possidere nequeat. *l. homo liber 54. eod. tit.* Respondetur: * speciale hoc esse in libero homine, bonà fide serviente, ut acquirat dominium sine vera possessione: ratio * specialitatis est favor libertatis, & quod libero homine nocere non debeat, quòd non jure in servitute fuerit, nec reverà possederit: licet aliàs possidendo usucapere non possit. *d. l. 54.*
30. 4. Argumentum * petit Donellus ex *l. si fundum 16. ff. d. fund. dotal.* ubi fundi à Titio bonà fide possessi dominium in virum, qui cum tanquam dotalem accepit, translatus sit. Respondetur * maritum non habere plenum, nec naturale dominium in re dotali, sed civile tantum, naturali dominio penes uxorem manente; traditio igitur naturalis possessionis in re dotali necessaria non est. Unde * res propria mulieris sine traditione, solà permissione & dotali instrumento dotalis fieri potest: quo casu verè fit dotalis, secus quàm putat Donellus: *d. l.* quod probat; *l. si sponsalibus 58. §. 1. ff. d. jur. dot.* modò * res illa dotis loco promissa & constituta postea pervenerit ad maritum. *l. si nuptura 14. §. pen. ff. d. fund. dotal.* Cujac. *observat. libr. 14. observat. 9.*
31. Ad * textum autem *l. 1. §. 1. ff. d. acquir. vel amitt. possess.* pro stabilienda sententia nostra supra adductum, respondet Donellus: eum ad res, quæ nullius sunt, pertinere. Quæ * responsio nil quidquam nobis officit: cum hætenus nulla differentiae ratio assignari possit. Quoniam * igitur in quarumcunque rerum possessione apprehendenda animi & corporis adminiculo est opus *l. 1. pr. l.*
32. cum

cum heredes 23. §. 1. ff. d. adquir. vel omitt. heredit. neque in presenti controversia ulla differentia constitui debet.

Porro * neque sententiæ nostræ obstat l. si cum fundum venderes 65. §. 2. ff. d. contrahend. empt. vendit. à Fabiano d. Monte in tract. d. empt. vendit. d. q. 6. pr. n. 66. opinioni nostræ opposita: in qua lege respondet Proculus J.C. quòd, si per venditorem factum est, aut fiat, quò minus fundum emptor possideat, dolus ebesse non videatur, ideoque ex empto competat actio, non ut venditor vacuum possessionem tradat: cum multis modis accidere possit, ne tradere possit. Respondetur * enim in casu d. l. 68. semel traditam fuisse vacuum possessionem; itaq; semel liberatus ad idem amplius in perpetuum non tenetur: secundum textum in l. quires 98. §. aream 8. ff. d. solut. pr. instit. quib. mod. tollit. obligat. Accurs. ad d. l. 68. §. 2. verb. tradat. Bartol. in d. l. 2. §. 1. Jason. in §. actionum instit. d. act. Mynsing. cent. 1. observat. 53. Bernhard. Wurmser. d. empt. vendit. observat. 5. & d. evict. observat. 1. Hartm. d. empt. & vendit. obs. 3. Welsenbec. in w. ff. d. contrah. empt. vendit. n. 12. Anton. Cont. 1. disput. 8. Hotomann. illustr. quest. 11. Bronchorst. cent. 3 assert. 81.

Controversia V.

Periculum rei venditæ, etiam ante traditionem ad emptorem spectat.

Summaria.

- Quando contractus consensuales perfecti censeantur. n. 1. 2. 3. & 4.
 Controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 5. usq; ad n. 14. inclus.
 Ratio decisionis. n. 15. & 16.
 Objectio ex l. 33. ff. locat n. 17.
 Hunnii solutio. n. 18. & 19.
 Refutatio. n. 20. & 21.
 Antonii Fabri solutio. n. 22. 23. & 24.
 Refutatio. n. 25. usq; ad n. 42. inclus.
 D. Boceri solutio. n. 43. & 44.
 Responsio. n. 45. 46. 47. & 48.
 Autor communem Dd. solutionem probat & confirmat. n. 49. & 50.
 Quam & Bachovius comprobat. n. 51.
 Objectio ex l. 12. cum l. seq. ff. d. pericul. & commod. rei vendit. n. 52.
 Solutio. n. 53. & 54.
 Objectio. ex l. 14. §. 1. ff. d. t. n. 55.
 Solutio. n. 56.
 Objectio. n. 57.

Solutio. n. 58. 59. & 60.

Venditor, si res extet adhuc, emptori actiones suas cedere tenetur. n. 61. 62. & 63.

Limitationes. quando periculum rei venditæ ad venditorem pertineat. n. 64. 65. & 66.

1. **C**ontractus, * qui consensu fiunt, perfecti censentur, quam pri-
2. mum à parte utraque consensus de negotio intervenit. Qui * idèd consensu contrahi dicuntur, quòd neque scripturâ, neq; præ-
3. sentâ omninò opus sit; at nec dari quidquam necesse sit, ut sub-
- 4.] stantiam capiat obligatio, sed sufficiat, eos, qui negotia gerunt con-
5. sentire: ceu tradit Justinianus Imperator, in tit. instit. d. obligat. ex
6. consens. ubi nos diximus. Et * emptio venditio contracta & perfe-
7. cta censetur, simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum
8. numeratum sit pretium: idem Justinianus in pr. h. t. Perfecta * est igitur emptio venditio etiam antequam res tradita sit emptori.
9. Unde * controversitur inter Interpretes nostros ad quem pericu-
- 10.] lum spectet rei venditæ ante traditionem, an ad venditorem, an
- 11.] verò ad emptorem? Et * sanè regulare est, in nullo contractu ca-
- 12.] sum fortuitum, sed secundum naturam contractus vel dolum & latam culpam, vel levem, vel levissimam præstari: nisi * quis casum fortuitum in se receperit, vel culpa ad casum prædestinata fuerit: quæ regula traditur in l. si ut certo 5. §. 2. ff. commodat. & in l. contractus 23. ff. d. R. I. ubi nominatim hoc in contractu emptionis venditionis traditur: sicut & in l. quid sæpè 35. §. si res 4. ff. d. contrah. emp. & vendit. l. 3. ff. d. peric. & commod. rei vendit. l. ult. C. eod. tit.
- 13.] Ergò * secundum hanc regulam præsens controversia nostra omni-
- 14.] nò decidenda erit: quòd scil. periculum rei venditæ non ad ven-
- 15.] ditorem, sed ad emptorem pertinere debeat. Quod * manifestè satis probat textus §. tùm autem 3. h. t. ubi ait Justinianus: quòd, cùm emptio venditio contracta sit, periculum rei venditæ statim ad emptorem pertineat: tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit: cui necesse sit, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere.
- 16.] 2. Probatur * eadem sententia per textum l. venditor 21. ff. d. heredit. vel act. vendit. ubi respondit Paulus JC. homine sine culpa venditoris mortuo, ne pretium quidem eum debere. 3. Stabilitur * per textum in l. fin. C. d. condict. caus. dat. caus. non secut. ubi Celsus JC. inter contractum do ut des, & contractum emptionis venditionis triplicem facit differentiam, quorum hæc una sit: quòd, si contractus do
- 17.] ut des

ut des initus fuerit & homo mortuus, emptor pretium repetere possit, non verò contractu emptionis venditionis celebrato. 3. Adducitur * pro confirmatione sententiæ nostræ *l. cum emptor 5. §. 2. ff. d. rescind. empt.* ubi respondit Julianus JC. mortuo homine perinde habendam esse venditionem, ac si traditus fuisset: nam venditorem liberari & emptori hominem perire. 4. Pro * stabilienda sententia nostra adfertur *l. soluturus 39. ff. d. solut. & liberat.* ubi tradit Africanus JC. mercem emptoris periculo esse, idè quòd emptio perfecta sit. Perfecta verò sit emptio, etiam traditione nondum secutâ. 5. Faciunt * generaliter plures aliæ leges, expressissimè disponentes: periculum rei venditæ ad emptorem pertinere debere, veluti *l. 7. 8. & 11. ff. d. peric. & commod. rei vendit. l. 4. 5. & 6. C. eod. tit. l. si in emptione 34. §. pen. ff. d. contrah. empt. vendit. l. quòd si is ff. d. jur. dot.*

Cujus * decisionis elegans datur ratio in *d. §. 3.* quòd, si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertineat. Nam & commodum ejus esse debeat, cujus periculum. Cùm * etiam in potestate sit emptoris, quandoque velit, dominium & possessionem consequi à venditore; ideoque in mora & culpa videtur emptor, quòd minùs ipsi res tradatur; ideoque sibi ipsi debet imputari, non venditori, si res apud venditorem perierit.

Cui * sententiæ nostræ valdè adversari videtur *l. fundus 33. ff. locat.* ubi respondit Africanus JC. quòd, si fundus venditus fuerit isque priùs, quàm vacuus traderetur, publicatus, venditor ex empto teneatur: ita scil. ut pretium restituat, non ut interesse præstet fundi, non vacui traditi.

Hunnius * *variar. resolut. libr. 3. tractat. 7. q. 7.* respondet ad *h. l. ex l. item si verberatus 15. ff. d. R. V.* quòd speciale sit in fundo ab hostibus capto & publicato militibusque assignato, in quo consueverit, antiquo fundi possessori aliquid honoris causâ dari. Ideoque * cùm venditor aliquid vicissim pro fundo acceperit, æquius fuerit, ut fundus venditori potius, quàm emptori periret. Quæ * solutio non placet: tum quòd divinatoria ea sit: tum * quòd casu proposito modicum illud datum ab hoste obstare non videatur, quo minùs ratione residui pretii pro fundo ab emptore promissi regressus adversus eum detur.

22. Antonius * Faber *conjectur. libr. 2. c. 4.* distinguit, an ex causa aliqua extrinseca, an verò per ipsam rem venditam fiat, quò minus præstari possit, hoc est, cum omninò perempta sit, ita ut in rerum natura esse desierit, quo posteriori casu pretium venditori omnimodò præstandum sit. Quòd * si verò res vendita ex causa aliqua extrinseca præstari non possit, fortè quòd fundus publicatus, vel servus furto subtractus sit, rectè intendere possit emptor, ut res sibi præstetur, quæ per rerum naturam præstari possit; sed tamen venditor liberetur, si actiones suas cedere paratus sit. Quas * si nullas habeat, quòd contingat, si aut aliena res sit, quæ furto subtracta, aut fundus venditus publicatus, æquissimum sit, saltem ad pretii restitutionem eum teneri, quòd non præstet eam rem, quam per rerum naturam præstare potest.
23. Quæ * sanè distinctio primo intuitu plausibilis apparet, ita ut eam acceptarint & secuti sint D. Harpprecht. *ad d. §. 3. n. 18.* Caspar Schifordecker *libr. 2. tract. 18. q. 3. & seqq.* Paulus Berens. *disp. 11. th. 1. q. 2.*
24. Verùm * nec hæc Fabri distinctio placet: tum quòd nullo solido fundamento nitatur: tum * quòd differentia hæc facere non possit, quò minus priori distinctionis membro ratio juris obtineat, & utroque casu res vendita periculo sit emptoris, quando vel sine culpa venditoris perit, vel in potestate ejus esse desit. Quam * distinctionem annihilant quoque textus suprà citati, imprimis verò *d. §. 3.* ubi homo surreptus & arbores turbine dejectæ damno & periculo emptoris periisse dicuntur. Et * *in d. l. 7. ff. d. pericul. & commod. rei vendit.* totus ager post emptionem flumine occupatus periculo emptoris perit. Atque * *in d. l. si vendita 11. ff. eod.* insulæ post emptionem combustæ damno emptoris esse traduntur. Atquin * in adductis hisce textibus res ex causis extrinsecis perire: neque enim hîc ipsi rei aliquid imputari poterit. Et * cum fundi publicationem pro causa extrinseca habeat Faber, quid obstabit, quò minus causas istas enumeratas pro extrinsecis habere possimus? Et * licet res extet adhuc & in rerum natura sit; tamen non sine venditoris damno recuperaretur, si possibile esset, eam recuperari: quòd damnum, si sine culpa venditoris contigit, emptor meritò sustinere debet. Sed * & quòd de homine surrepto proponit Faber & exempli loco allegat, quòd ex causa extrinseca non sit penes vendito-
25. rem
- 26.
- 27.
- 28.
- 29.
- 30.
- 31.
- 32.
- 33.
- 34.

rem, ideoque hic pretium, si accepit, emptori restituere teneatur, falsum est & per adductum §. 3. *h. t.* apertissimè confutatur: ubi ait Justinianus Imperator: Quòd, si fugerit homo, qui venit aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris intervenierit, animadvertendum sit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Si enim susceperit, ad ipsius periculum is casus pertineat; si non susceperit, securus sit. Idemq; in cæteris animalibus & rebus intelligatur. In * quo textu de homine surreptum demum tenetur venditor, si custodiam ejus usque ad traditionem susceperit. Ex * quo apertissimè constat, lapsum esse Fabrum nostrum, quòd istam hominis surreptionem ad extrinsecam causam retulerit, & ideo periculum ejus ad venditorem pertinere affirmaverit. Sive * igitur res vendita, necdum tradita, sit adhuc in rerum natura, sive non sit, damnum & periculum regulariter ad emptorem pertinet: cùm * in textibus adductis casus hi comparentur: nisi quòd eo casu, quo in rerum natura est adhuc res vendita, & adhuc possibile, ut recuperari possit, venditor emptori actiones cedere debeat: quibus si rem consequi non potest, pretium tamen venditori solvere tenetur, nec solutum illud repetere potest, secus quàm contrà manifestos textus Faber putat. Et * ergò sive ex causa aliqua extrinseca, sive per ipsam rem venditam fiat (quod tum rectius fieri dicitur, cùm servus aufugerit) quò minus tradi possit, periculum ejus ad emptorem pertinet: nam casus utriusque distinctionis membri æquiparantur invicem in supra adductis textibus, & pro iisdem hactenus habentur. Ista * igitur Fabriana distinctio quam leges respuunt, nec admittunt, nihili loco habenda ideoque admittenda non erit.

D. Bocerus * *ad l. contractus 23 ff. d. R. I. n. 65. & 66.* distinguit inter jus strictum & jus æquum, & *d. l. 33. de jure æquo*; textus verò pro nostra sententia adductos de jure stricto accipit: ita * ut hac in re jus æquum sequi debeamus. Quæ * conciliatio ideo admitti non potest: quòd hic minimè rigor sit juris, ut re venditâ peremptâ emptoris esse debeat periculum, sed ipsa sit æquitas: cùm * enim emptor in mora esse præsumatur, quò minus solutione pretii factâ ipsi res tradatur, & etiam post perfectam emptionem omne emolumentum, quod accedit rei venditæ ante traditionem, consequatur; ideoque æquum omninò est, ut damnum & sic periculum

37.

38.

39.

40.

41.

42.

43.

44.

45.

46.

47. lum rei venditæ ad eum pertinere debeat: qui * enim commodum sentit, etiam incommodum sentire debet: quæ ipsa ratio *in d. §. 3. versic. sed et si* in hisce ipsis terminis à Justiniano Imperatore adducitur. Neque * etiam verisimile adeoque nec probabile est: prædictum Imperatorem jus strictum tot locis in Digesta & Codicem non solum retulisse, sed etiam ipsis Institutionibus inseruisse & jus illud Tyronibus proponere voluisse, quod æquitati adversum & ideo sequendum non sit.
48. Nos * cum *Dd. ad d. l. 33.* respondemus: quod ibi fundus culpâ venditoris à Magistratu publicatus fuerit: nam præsumptio est pro Magistratu, quod neminem contra jus & æquitatem gravare neque suum alicui sine justa causa auferre velit; ideoque culpa venditoris *in d. l. 33.* præsupponenda erit. Quamvis * etiam injuriâ forsan Magistratus publicatus fuisset iste fundus; tamen venditor imputativè in culpa fuit; itaque injuria isthæc penes venditorem potius quam emptorem residere deberet: cum illius contemplatione publicatio fundi facta sit. Quam * *Dd.* solutionem comprobatur quoque Bachovius *in commentar. in instit. ad d. §. cum autem 3. h. t.*
50. Non * obstat etiam *l. lectos 12. cum seq. ff. d. peric. & commod. rei vendit.* in quibus lectorum ante traditionem per ædilem conscissorum periculum ad venditorem pertinere dicitur. Respondemus * quod & ibi culpam venditoris præcessisse præsupponendum sit, vel si injuriâ hoc factum ædilis, injuria ista penes ipsum venditorem residere debeat: tum * quod eo ipso in culpa sit venditor, quod lectos venditos, quos tradere obligatus fuit in via publica, & si eo loco posuerit, quo non oportebat ponere.
51. Deinde * non obstat *l. quod si neque 14. §. 1. ff. eod. tit.* ubi tradit Paulus J.C. quod, si materia emptæ furto periisset, postquam tradita esset, emptoris sit periculo; sin minus venditoris. Respondemus * enim cum Bachovio *d. l. materiam in d. l. 14.* in genere venditam esse: quo casu, sicut & cum res fungibiles venditæ sunt, non statim periculum est emptoris, sed postquam ad mensio facta, ante quam nec emptio perfecta censetur. *l. 1. §. 1. & alibi ff. d. pericul. & commod. rei vendit.*
52. Sed * nec obstat: quod qualibet res suo domino pereat; post perfectam verò venditionem venditor ante traditionem adhuc sit dominus: cum * etiam rem alteri tradere eumque dominum facere possit.
- 53.
- 54.
- 55.
- 56.
- 57.
- 58.

re possit. *l. quotiens 15. C. d. R.* Etenim * venditor ante traditionem rei venditæ quidem dominus adhuc est, sed tamen talis, qui rem emptori, quodcumque velit, tradere tenetur, adeoque dominus est rei & simul debitor ejusdem. Et * deinde ejusmodi dominium in re vendita nondum tradita habet venditor, cujus emolumentum non ad eum, sed ad emptorem pertinet; proinde generalis ista regula huc applicari non potest.

Cæterum * si res vendita in rerum natura extet adhuc & vel furto subtracta fuerit, vel deterior facta, vel servus aufugerit, licet periculum ad emptorem pertineat; tamen venditor tanquam dominus actiones suas, si quas habet, cedere emptori tenetur: nimirum * vindicationem, conditionem, actionem furti & *L. Aquiliæ* actionem, veluti hoc Justinianus in *d. §. cum autem 3. circ. fin.* subjicit & respondit Gajus *JC. in d. l. quod sæpe 35. §. si res 4. ff. d. contrah. empt. vendit.* Neratius *JC. in l. si ea re 31. pr. ff. d. act. empt.* Quin * certis casibus periculum rei venditæ non emptoris est, sed venditoris: nimirum in venditione alternativa: *l. si in emptione 34. §. si emptio 6. ff. d. contrah. empt. vendit. conditionali: * d. l. quod sæpe 35. §. in his 5. eod. tit. & l. 2. C. d. peric. & commod. rei vendit.* vel * si mora venditoris in tradenda re vendita intervenerit: *d. l. 35. §. vel * culpa ejus in ea custodienda. d. l. 31. & l. si quis 35. ff. d. empt. vendit.* Didac. Covarrauv. *variar. resolut. libr. 1. c. 15. n. 2.* Anton. Gomes. *variar. resolut. t. 2. c. 2. tit. d. empt. vendit. n. 32.* Joachim. Mynsing. *cent. 6. observat. 36.* Casp. Caballin. in *tract. d. evict. §. evictio n. 6. & seqq. p. m. 133.* Cavalcan. *decis. 53. & 55.* Vasqu. *illustr. quest. c. 31. n. 23.* Delrio *add. l. 23. c. 9. ff. d. R. I.* Henric. à Suerin. *1. repetit. prælect. 33.* Bronchorst. *ἐναυλοφαι. cent. 1. assert. 89.* Treutler. *p. 2. disputat. 28. thes. 8. lit. C. & D. ibique Bachov. Pac. ἐναυλοφαι. cent. 5. quest. 8.*

Controversia VI.

In emptorem hereditatis jus adscrescendi transit.

Summaria.

Tam res incorporales, ut debita, jura, actiones & hereditas, quam res corporales in contractum emptionis venditionis deduci queunt. *n. 1.*

Status controversiæ. *n. 2. 3. & 4.*

Affirma-

Affirmativa sententia stabilitur. n. 5. 6. 7. & 8.

Autonii Gomesii, contrariam defendentis sententiam, primum argumentum. n. 9.

Solutio. n. 10.

Secundum Gomesii argumentum. n. 11.

Solutio. n. 12. & 13.

Tertium Gomesii argumentum. n. 14.

Solutio. n. 15. 16. & 17.

Quartum Gomesii & Bachovii argumentum. n. 18.

Solutio. n. 19. 20. 21. 22. & 23.

Quintum argumentum, pro Gomesii & Bachovii sententia adductum. n. 24.

Solutio. n. 25. & 26.

1. **N**ON * solum res corporales in contractum emptionis venditionis deduci possunt, verum etiam res incorporales. *l. cum manu 80. §. 1. ff. d. contrah. empt. vendit.* veluti sunt jura, nomina, actiones: *l. nominis C. d. heredit. & act. vendit. l. 1. & fin. C. d. novat. & delegat.* sicut * & hereditas: *t. t. ff. & C. d. heredit. & act. vendit.* quod nomen juris est, augmentum & decrementum recipiens. *l. heredit. 119. ff. d. V. S.*
- 2.
3. Controvertitur * autem inter Dd. nostros, An hereditate vendita jus adcrescendi in emptorem hereditatis transeat, an scil. portio deficientis, vel repudiantis cohæredis emptori adcreseat, quæ ut elegans, ita & difficilis est controversia. Quamvis * autem, ut verum fateamur, ea nos aliquando in suspensio tenuerit, utri sententiæ adstipulari debeamus; tamen utriusq; opinionis fundamentis probe ponderatis jam minimè dubitamus, in affirmantium castra secedere. Quæ * sententia probatur per *l. si Titio 33. in fin. ff. d. usufruct.* ubi scribit Julianus JC. quod portio fundi velut alluvio portioni adcreseat, adeoque jus adcrescendi rem non personam sequatur. *l. si totam 83. ff. d. adquir. vel omitt. heredit. l. hac scriptura 26. §. 1. ff. d. condit. & demonstrat.* Cum * igitur emptor hereditatis rem habeat, omnino sequitur, deficientis vel repudiantis cohæredis portionem ei adcrecere.
- 4.
- 5.
- 6.
7. 2. Probatur *: quod vendita hereditate omnia illa, quæ ex hereditate, vel occasione ejus ad heredem pervenerunt, vel in futurum pervenire possunt, in emptorem transeant, ita ut nec amplius, nec minus juris habeat, quam apud heredem futurum sit. *l. 2. ff. d. heredit. & act. vendit.* 3. Accedit * *d. l. 2. §. cum quis debitori 18. eod.* ubi emptor hereditatis vicem hæredis habere traditur. Ergo omnia jura illa, quæ competunt vero hæredi, emptori quoque competunt, cum surrogatum naturam surrogati habeat.
- 8.

Cui * sententiæ objicitur 1. ab Antonio Gomesio, *variar. resolut. t. 2. c. 10. n. 44.* jus adcrefcendi penes hæredem vendentem manere, quòd is omnia jura universalia retineat, & in eo rationes jus adcrefcendi inductivæ militent. Verùm * respondetur, illud negando; si enim omnia jura in emptorem tranfeunt, ficut probatum fuit, nihil penes venditorem præter nudum nomen hæredis manebit.

2. Objicitur * à Gomesio: inter fuccedentes diverfo jure jus adcrefcendi locum non habere; diverfo autem jure fuccedere venditorem & emptorem. Respondetur *: emptorem hæreditatis diverfo jure non fuccedere, fed jure hæredis, quod per emptionem venditionem in eum translatum eft: licet * enim titulo fingulari emptionis venditionis fcil. jus hæredis nactus fit; tamen jure hæredis fuccedit, cùm ut dictum, vicem habeat hæredis; ideoque defuncto jure univerfali fuccedit, nimirum quatenus fe in venditoris jure fundat.

3. Objicitur * à Gomesio illa ratio: quòd, fi teftator duos vel plures hæredes inftituat & invicem fibi fubftituat, unus verò eorum amittat partem fuam, ab eo tanquam indigno auferatur & fifco vindicetur; non fifco deficientis portio, fed directo hæredi deferatur, qui jura directa hæreditaria habeat. *l. ex facto 43.* Respondetur cum * Fachinæo, *libr. 5. c. 101.* contrariam defendente fententiâ, infirmum planè effe argumentum illud: in plus enim cohæres puniri non poteft à fifco, nifi pro parte, pro qua hæres fuit inftitutus: nemo * enim duplici pœnâ debet affici: meritò igitur deficientis portio non fifco, fed cohæredi deferatur. Proinde * diverfa ratio eft hæredis vendentis omnia jura fua, & hæredis, à quo ut indigno aufertur hæreditaria portio: hic enim præter ablatam portionem retinet reliqua jura fua; ille verò omnia vendidit & in emptorem tranftulit.

4. Objicitur * à Gomesio & Bachovio *p. 2. difput. 28. th. ult. lit. A. p. m. 1092.* illa ratio: quòd hâc ratione in damno maneret venditor, fi deficientis portio adcrefceret emptori, pro qua tamen venditor pretium non accepiffet. Respondemus *: venditorem nullum hîc damnum prætendere poffe; quoniam hæreditatem adire non damnum, fed lucrum effe folet; hæreditatem verò emere non femper lucrum eft: quoniam emptor pretium folvit; venditor au-

- tem ei de evictione non tenetur, ut aliàs in emptione venditione rerum singularium juris est: siquidem venditor hæreditatem non tanquam dominus, sed tanquam hæres vendit, ideoque sufficit præstari hæreditatem à venditore, qualem adiit, non etiam rerum particularium dominium. l. 2. C. d. evict. & l. 1. pr. ff. d. hæredit. & act. vendit. Cùm * igitur incertum emerit emptor, venditor hinc nullum damnum prætereptere potest: cùm * lucrum, quod consequi potest emptor, ab incerto eventu dependeat, & fieri etiam possit, ut nullum planè lucrum exinde consequatur, sed damnum potiùs incurrat; è contra * verò hæres titulo lucrativo hæreditatem vel ejus pretium tenenat: de * damno vitando igitur certatis potior ratio haberi debet, quàm lucrum captantis: secundùm vulgatam juris regulam.
24. 5. Objicitur * pro Gomeſio: jus adcreſcendi in contractib⁹ locum non habere. Respondetur; * quòd dici hinc non possit, jus adcreſcendi in contractibus locum habere: quoniam emptor se in jure hæredis fundat & tanquam hæres adcreſcendi jure utitur, non tanquam ex contractu absolute considerato. Et * quod dicitur in contractibus locum non esse juri adcreſcendi, hoc intelligendum est de ipsis contractibus, per se consideratis, non verò de juribus hæreditariis, quæ quis per contractum consecutus est. Bartol. in l. qui hæredi §. 1. in fin. ff. d. condit. & demonstrat. & in l. re conjuncti si. d. legat. 3. Curt. Jun. & Sebastian. Sapia ad l. unic. quand. non petent. part. Joh. Robert. 3. animadvers. 12. Duaren. d. jur. adcreſc. libr. 2. c. 6. p. m. 1090. Hunn. variar. resolut. libr. 3. tract. 7. q. 8. & in resolut. ad Treul. d. disp. 28. th fin. lit. A.

Controversia VII.

Remedium L. 2. C. d. rescind. empt. vendit. non solum in venditore, sed etiam in emptore locum habet.

Summaria.

In emptionis pretio contrahentibus, naturaliter se circumvenire, concessum est. n. 1.

Nisi enormis, vel ultra dimidium justii pretii sit læsio. n. 2.

Obiectio. n. 3.

Solutio. n. 4.

Constitutio *L. 2. C. d. rescind. empt. vendit.* de venditoribus expressè loquitur. *n. 5.*

Ejusdem *L.* beneficium emptoribus quoque tribui debet: ubi Jacobi Cujacii, contrarium statuentis, argumentis respondetur. *n. 6. usque ad n. 17. inclusive.*

Opinio nostra à Dd. communiter recepta est. *n. 18.*

Naturaliter * quidem in pretio emptionis venditionis contrahentibus se circumvenire licitum est; *l. in causa 16. §. pen. ff. d. minor. l. item & si pretio 22. §. quemadmodum 3. ff. locat.* si * tamen enormis sit læsio, & se ultra dimidium extendat, læsus vel ad contractus rescissionem, vel ad supplementum justii pretii agere potest. *l. 2. C. d. rescind. empt. vendit.* Neque * huic obstat. *l. dolus 10. C. eod. tit.* ubi dolus facti quantitate, non pretii quantitate aestimari rescribitur. Etenim * aliud est, dolum re ipsa inesse contractui; aliud est, eum ex proposito à contrahentibus committi: de quo posteriori casu *d. l. 10.* loquitur.

Sanè * constitutio *d. l. 2.* de venditoribus læsis speciatim agit: An * idem beneficium emptoribus tribuendum sit, controvertit Cujacius: *observat. libr. 16. c. 18. & libr. 23. c. 32.* ubi hoc illis denegare non dubitat; verum sine ulla sufficiente ratione. Quis * enim emptori denegaret beneficium hoc? cum eadem subsit æquitatis ratio: *l. 32. pr. ff. ad L. Aquil.* nimia * scil. circumventio, quam leges corrigi voluerunt. Nimis * subtilia, parum tamen utilia, sunt Cujacii fundamenta. Ait * autem ideò *d. l. 2.* venditori non emptori subvenire, quia plerumque necessitas rei familiaris cogat venditorem, rem minoris vendere. Sed * an non eadem rei familiaris necessitas emptorem cogere potest, rem majoris emere? Porro * quòd de emprore dicit Cujacius, eum sæpè fraudandi causà ultrò se emptioni offerre, idem & de venditore dici potest. Illa * vera & adæquata est *d. l. 2.* ratio: nimiam circumventionem in emptione venditione corrigendam esse, quæ tam in emptore, quàm venditore militat. Ergò * emptori quoq; subveniendum erit.

Nihil * facit etiam alterum Cujacii fundamentum: quia omnes leges rescissionem emptionis venditionis permittentes de venditore loquantur. Nam * per Instantiam obveniri potest Cujacio, nec permutationis mentionem in allegatis ab eo legibus fieri; & tamen Cujacius *d. l. 2.* ad permutationem porrigit, nimirum ex eadem æquitatis ratione. Idemq; * de aliis bonæ fidei contractibus,

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

ut de locatione, conductione, hæreditatis divisione statuendum est. Quæ * est communis Dd. sententia. Sichard. & Donell. *ad d. l. 2. Covarruv. libr. 2. variar. resolut. c. 3. Fachinæ. libr. 2. controuv. jur. c. 13. Robert. libr. 2. animadvers. c. 13. & 14. Iohan. à Sande in decision. Frisic. libr. 3. tit. 4. definit. 14. p. m. 207. & seq. Gomef. variar. resolut. jur. t. 2. c. 2. n. 22. Hunn. variar. resol. libr. 3. tract. 7. q. 11.*

Controversia VIII.

Beneficium L. 2. C. d. rescind. empt. vendit. in transactione locum non habet.

Summaria.

De autoritate & vi transactionis n. 1. 2. & 3.

Status controversiæ. n. 4.

Negativa stabilitur n. 5. usq. ad n. 17. inclus.

Objectio ex l. 3. §. 1. ff. d. transact. n. 18.

Solutio. n. 19. 20. 21. 22. & 23.

Objectio ex l. 5. C. d. dol. mal. & l. 65. §. 1. ff. d. condict. indebit. n. 24. & 25.

Solutio. n. 26.

Bartoli distinctio. n. 27. & 28.

Quæ rejicitur. n. 29.

Antonii Gabrielis & aliorum Dd. distinctio, inter enormem & enormissimam læsionem. n. 30.

Quæ improbatur. n. 31.

Negativa in Camera Imperiali practicatur. n. 32. & 33.

De jure Wirtembergico Affirmativa obtinet. n. 34.

1. **N**on * minorem autoritatem transactionis, quàm rerum judicatarum esse, rectâ ratione placuit: siquidem * nihil ita fidei humanæ congruum est, quàm ea quæ placuerunt custodire. *L. non minorem 20. C. d. transact. c. ult. x. eod.* Et * generaliter causas, vel lites, transactionibus legitimis finitas, ne Imperiali quidem rescripto resuscitare oportet. *L. causas 16. C. d. t.*

4. Unde * controversa est controversia, tam inter antiquiores, quàm recentiores juris nostri Doctores & Interpretes, An beneficium *L. 2. C. d. rescind. empt. vendit.* in transactione locum habeat? Nos * in hac Doctorum varietate & diversitate, de qua Arius Pinellus, *ad d. l. 2. n. 12. usq. ad n. 15.* negativæ sententiæ adstipulamur: quæ * i. fundata reperitur in *l. Lucius 78. §. fin. ff. ad Sct. Trebellian.* ubi Scævola JC, ita respondit: *Hæres ejus qui post mortem suam*

suam rogatus erat universam hereditatem restituere, minimam quantitatem, quam solam in bonis fuisse dicebat, his quibus fideicommissum debebatur, restituit: postea repertis instrumentis apparuit: quadruplo amplius hereditate fuisse, quaesitum est, an in reliquum fideicommissi nomine conveniri possit? Respondit secundum ea quae proponerentur, si non transactum esset, posse. 2. Probat * etiam hanc sententiam l. odiosas 1. C. d. plus. petit. ubi rescripsit Justinianus Imperator: transactionem servandam esse, etsi dolose plus debito petatum sit. 3. Et * probat eandem opinionem, quod sub praetextu instrumentorum, noviter repertorum, transactio rescindi non possit. l. sub praetextu instrumenti 19. l. sub praetextu specierum 28. C. d. transact. Atquin * repertis novis instrumentis contingere potest, ut etiam nihil plane debeat, nedum ut laesio ultra dimidium justipretii subesse possit. Si * igitur noviter reperta instrumenta facere non possunt, ut rescindatur transactio; per bonam consequentiam nec laesio aliqua facere poterit, ut d. l. 2. constitutioni locus sit. 4. Porro * pro opinione nostra fortiter militat: quod causa, juramento finita, sub nullius laesionis praetextu rescindi vel retractari possit. l. non erit 5. §. dato 2. l. nam postea quam 9. §. 1. d. t. Quod * enim juramentum beneficium auth. presente C. d. fidejussor. adimat; tradit Bartolus in auth. hoc ita C. d. duobus reis. Et * quod auferat beneficium d. l. 2. & beneficium auth. hoc nisi C. d. solut. consuluit Alexand. d. Imol. consil. 37. vol. 1. Atquin * juramentum & transactio æquiparantur: cum juramentum species transactionis esse dicatur, in l. 2. ff. d. jurejur. 5. Hanc * opinionem nostram optimè confirmat: quod transactiones stricti sint juris. §. actionum 28. instit. d. act. Alexand. d. Imol. in l. si majores 25. annis 25. C. d. transact. At * verò d. l. 2. C. d. rescind. empt. vendit. de emptione venditione agit, quæ bonæ fidei est contractus; proinde constitutio d. l. 2. ad transactionem minimè extendenda erit. 6. Vera * opinionis hujus ratio in dubio litis eventu consistit; qui facit, ut, quæ dimidia justipretii sit laesio, æstimari non possit.

Non obstat l. Imperatores 3. §. 1. ff. d. transact. ubi tradit Scævola JC. quod, si super fideicommissio transactum esset, postea verò Codicilli reperti sint, quantum minus ea, quæ transegit, consecuta, consequi debeat. Etenim * noti & manifesti juris est; transactionē, super controversiis ex testamento descendentes factam, aliter validam non esse, nisi inspectis & cognitis totius testamenti

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20. verbis *l. de his 6. ff. d. transact.* Cum * igitur Codicilli pars testamenti esse censeantur, *l. pen. ff. testament. quemadmod. aperiant. l. quidam 14. ff. d. jur. codicill.* nec * etiam testamentum legitime aperiri neque exhiberi censeatur, nisi totum inspiciatur; ideoque codicillis post transactionem repertis, transactio ista jure rescindi potest: idque * in hisce testamenti terminis speciale est, proinde generaliter non accipiendum, nec ad alias controversias, transactione sopitas, producendum est.

23. Non * obstat etiam *l. superst. s. versic. sanè si læsa es immodicè &c. C. d. dol. mal.* ubi filia, in transactione cum patre inita immodicè læsa, propter verecundiam non de dolo adversus patrem, sed in factum agere debet. Sicut * nec obstat *l. in summa 65. §. 1. versic. sin autem evidens ff. d. condict. indebit.* in cujus legis specie propter evidentem calumniam, in transactione detectam, repetitio conceditur. Agitur * namque in oppositis textibus de casibus, in quibus dolus ex proposito intervenit, & sic quis dolo ad transigendum inductus est: ubi transactio læsæ partis respectu nulla est nullasque vires habet.

26. Porro * Bartolus in *d. l. Lucius* eumque plerique Dd. secuti distinguunt, An læsio enormis vel ultra dimidium fuerit respectu ipsius rei, in judicium deductæ, an verò respectu dubii litis eventus: nimirum * quòd alii pro lite, super quâ transactum, tanto plus dedissent, ut ultra dimidium sit illud, quàm alter transigentium accepit. Verùm * cùm casus hic sit difficillimæ probationis & de rarò contingentibus, quia nemo facilè lites emere solet, atq; ratio etiam opinionis nostræ in hisce terminis obtineat, quòd propter dubium litis eventum æstimari non possit, quænam sit justii pretii læsio; ideoque isthæc Bartoli distinctio admittenda non erit.

29. Non * etiam approbanda est aliorum distinctio, inter enormem & enormissimam læsionem. Anton. Gabriel *l. 3. commun. opin. d. empt. vendit. conclus. 5. n. 69. alijs* à Pinello allegati: quoniam * nullo jure fundata est, & adhuc ratio dubii litis eventus obtinet.

31. Quam * opinionem tanquam veriore[m] Cameram Imperialem aliquotiens secutam esse; tradit Andreas Geilius *2. observat. 70. n. 11. ubi n. 16.* subjicit: à * negativa parte in judicando recedendum non esse, ne ex lite, litem | faciamus: cùm transactio ad

32. hoc

hoc inventa sit, ut finis litibus imponatur. Eamque opinionem defendunt Glossa in c. cum causa x. d. empt. vendit. Bald. ad d. l. 2. & ibi Salycet. n. 7. Donell. n. 61. Speculat Joh. Andr. Dyn. Cyn. Alexand. Iason. Cravett. consil. 151. n. 20. Roland. à Valle consil. 28. n. 25. vol. 4. Matth. d. Afflict. decis. 220. n. 10. Decian. resp. 66. vol. 4. & resp. 83. n. 54. vol. 5. Cothmann. resp. 28. n. 242. & seqq. vol. 1. Pinell. d. l. n. 12. usque ad n. 33. Francisc. Connan. commentar. jur. civil. libr. 7. c. 9. n. 13. Menoch. consil. 401. n. 157. libr. 5. Harpprecht. ad §. ult. h. t. n. 161. & seqq. Treutler. p. 1. disput. 7. th. 6. lit. C. ibiq. Bachov. & p. 2. disput. 2. thes. 11. lit. C.

Cæterum * de jure nostro Wirtembergico, quo aliàs ultra tertiam partem justii pretii læsis succurritur, ultra dimidiam in transactione læsis d. l. 2. beneficium tributum est. Fürstlich Württembergisch Landrecht / p. 2. tit. 22. fol. 130. §. Welcher in gürtlichen &c.

33.

Controversia IX.

Beneficium L. 2. locum non habet, quando læsus contractus tempore læsionem sciuit.

Summaria.

Status controversiæ. n. 1.

Negativa ejus sententia defenditur. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.

An Pinelli, contrariam defendentis sententiam, primum argumentum. n. 11.

Solutio. n. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.

Secundum Pinelli argumentum. n. 21.

Solutio. n. 22. & 23.

Responsio Pinelli ad primum Autoris argumentum. n. 24.

Refutatio. n. 25.

Aliud argumentum pro Pinello adductum. n. 26.

Solutio. n. 27.

Negativa est receptissima Dd. sententia. n. 28.

HOC *etiam controvertitur inter Dd. nostros, An beneficium d. l. 2. locum habeat, quando contractus tempore læsionem sciuit læsus? Et * sanè negativam sententiam defendunt Dd. communiter.

1.

2.

3.

4.

Pro * qua adducunt tritam illam juris regulam: quodd volenti injuria non fiat. Quando * igitur sciens & consentiens læsionem subesse, minoris emit, vel minoris vendit læsus, tum is se læsioni isti

ni isti subjicit, ideoque non potest de injuria vel injustitia aliqua
 5. conqueri: nam * remississe læsionem illam intelligitur. 2. Argu-
 6. mentantur Dd. Quæ * ratio donare non prohibet, eadem nec
 7. minoris vel majoris emere vel vendere prohibet: quia * is qui sci-
 8. ens pluris vel minoris emit vel vendit, donare voluisse censetur.
 3. Argumentum * ex eo ducunt: quod id, quod bonâ fide geritur,
 9. rescindendum & infirmandum non sit. *l. 3. C. d. rescindend. empt.*
vendit. At * verò quando venditor rem minoris vendit, vel em-
 10. ptor majoris emit, emptio venditio bonâ fide celebratur; itaque
 nullius læsionis prætextu rescindi vel infirmari debet. Sed * & 4.
 facit pro Dd. illa ratio: quòd in dubio illa sententia potius tenenda,
 ut valeat potius actus, quàm ut pereat.

11. Contrà * quam receptam Dd. sententiam disputat Arius
 12. Pinellus *ad d. l. 2. c. 2. n. 11.* hanc adducens rationem: quòd *, si sci-
 entia excluderet beneficium, *d. l. 2.* nunquam ei locus esse possit:
 quia scientia semper præsumatur. *l. quisquis 15. C. eod. tit.* Respon-
 13. demus: * quòd, si in modico læsus sit quis, præsumatur scientia;
 14. non tamen si enormiter læsus: si * namque scivisset enormem læsio-
 nem istam, procul dubio non consensisset in contractum, & exin-
 de proveniente læsionem: siquidem nemo suum jactare præ-
 15. sumitur. *l. cum de indebito 25. ff. d. probat. & præsumpt.* Quod * non
 ita se habet in modica læsione, de qua speciatim *d. l. quisquis 15.* lo-
 16. quitur. Nam * ea quæ modici sunt præjudicii in commerciis &
 contractibus non ita curare solemus, sicut ea quæ magni sunt præ-
 17. judicii, in quibus si læsio subsit, nulla scientia, vel consensus præ-
 sumendus est. Et * ergò in iis, quæ sunt modici vel magni præju-
 18. dicii, vel quæ sunt modicæ, vel enormis læsionis, scientia vel igno-
 rantia non ab antecedente, sed consequente, nimirum ab effectu,
 19. dijudicanda est. Quia * enim quilibet rerum suarum pretia nosse
 præsumitur, ideoque si in modico læsus sit emptor vel venditor,
 præsumptio ista adhuc militat, non obstante modicâ illâ læsione.
 20. Verùm * si enormiter læsus sit, præsumptio ista per aliam fortio-
 rem præsumptionem tollitur, ut quòd contrà præsumatur, læsum scien-
 21. tiam veri pretii rei emptæ venditæ ignorasse: quòd * nec verisimile
 sit, nec credibile; quòd, si scivisset læsionem istam læsus, in eam con-
 sensisset.

Non * etiam contra Dd. sententiam multùm facit illa à Pinel-
 lo ad-

lo adducta ratio : quòd æquitas suadeat, etiam scienti læsionem ex *d. l. 2.* beneficio subveniendum esse : cum *d. l.* constitutio in æquitate fundata sit. Respondetur : * æquitatem tum locum habere non posse; ubi quis ei renunciavit. At * verò is, qui contrahit sciens se enormiter lædi, æquitati *d. l.* renunciavit; itaque super iniquitate, quam elegit, conqueri non potest.

Ad * argumentum, quòd scienti injuria non fiat, respondet Pinellus : quòd hîc iniquitas lædentis præponderet culpæ læsi. Respondemus * Pinello : quòd licet hîc major iniquitas videri possit lædentis culpâ læsi; tamen læsus eam lædenti remisisse & condonasse censeatur, quod potuit : cùm quilibet rerû suarum moderator sit & arbiter, etiam abutendo & perdendo, *l. in rem mandata 21 C. mand.*

Ultimò * producitur etiam pro Pinelli sententia illa ratio, quæ pondus aliquod habere videtur : quòd, etiamsi venditor sci-
verit verum rei pretium, tamen fieri possit, ut summâ necessitate coactus rem vendiderit, quo casu æquitas & humanitas suadeat, subveniri læso venditori. Respondetur : * potuisse venditorem rem alii vendere : si autem alium, qui pluris emeret, non possit invenire, non potest videri in tantum læsus venditor : quia nemo pluris vult emere. Quæ * est communis & recepta Dd. sententia : quam tuentur Bartol. *ad d. l. 2. n. 14. & 16.* Bald. *ibid.* & Salycet. Paul. *d. Castr.* Fulgos. Covarruv. *variar. resolut. libr. 2. c. 2. n. 2.* ubi eam receptissimam dicit. Fabian. *d. Mont. d. empt. vendit. q. 8. pr. n. 19. & 20.* Cravert. *consil. 77. 142. 154. 191.* Menoch. *d. arbitrar. libr. 2. c. 88. n. 144.* Boër. *decis. 142.* Thesaur. *decis. 162.*

Controversia X.

*Beneficium L. 2. venditori adversus emptorem
emptoris non datur.*

Summaria.

Status controversiæ. n. 1. & 2.

Negativa probatur. n. 3. 4. 5. & 6.

Doctorem limitatio. n. 7. 8. 9. 10. & 11.

Quibus modis succurri possit primo venditori adversus secundum emptorem.

n. 12. 13. 14. 15. & 16.

In casu, quo venditor læsus adversus singularem & tertium possessorem agere potest intra quadriennium agere debet. n. 17.

1. **A**N * venditor læsus adversus tertium possessorem singularem
2. **sive** secundum emptorem ex causa læsionis agere possit, inter
3. **Dd.** non minùs controversitur: quòd * regulariter negandum esse
4. **concludunt.** Idque * ex hac imprimis ratione: quòd venditori
5. **læso** non actio realis, quæ rem sequitur, sed personalis adversus
6. **emptorem** competat, quæ adversus alium, quàm cum quo contra-
7. **ctum** est, aut ejus hæredes, non porrigitur *l. 1. §. si hæres ff. ad. Sc. Trebellian. l. ult. §. ult. ff. d. contrahend. empt. vendit.* Quam * opi-
8. **nionem** manifestè & in terminis probat *l. dolus 10. C. d. rescind. empt. vendit.* ubi rescribitur: quòd, si dolum intercessisse, fuerit proba-
9. **tum**, non auctus eum, in quem emptor dominium transtulit, rei
10. **vindicatio** venditori, sed contra illum, cum quo contraxerat, in in-
11. **tegrum** restitutio competat. Neque * obstat: quòd secundum
12. **sententiam** *d. l. 2.* vel ad rem agere possit venditor, vel ad id, quod
13. **deest** justo pretio. Etenim * hoc non ita accipiendum est: quasi
14. **dominium** vindicet per hanc actionem, quod per traditionem
15. **translatum** fuit, sed ut rescindatur contractus & quasi inempta fiat
16. **res vendita.** *l. cum autem §. 1. ff. d. adilit. edict. l. si hominem in fin. ff. d. usurpat. & usucap.*
17. **Quam** * tamen sententiam suam limitant Dd. ut duobus con-
18. **currentibus** contra tertium ac singularem successorem ex hac lege
19. **agere** possit primus venditor: 1. * si solvendo non sit primus em-
20. **ptor:** 2. * si ex causa lucrativa possideat, secundus emptor verò rem
21. **vili** pretio & ex contractu, qui eodem injustitiæ morbo laborat, si-
22. **bi** comparasset: cæteroquin * si solvendo sit primus emptor, vel
23. **rem** titulo oneroso & justo pretio teneat secundus emptor; hic nul-
24. **lo** modo teneretur, *arg. l. in causa 16. §. fin. cum l. seq. ff. d. minor. l. planè §. 1. ff. d. legat. 2. l. fin. pr. ff. d. eo per quem fact. erit.* Bald. in *d. l. 2.* & in *l. qui solidum §. 1. ff. d. legat. 2.* Fabian. *d. Mont. d. empt. vendit. q. pr. 8. n. 23.* Covarruv. *libr. 2. variar. resolut. c. 3. n. 10.* Menoch. *confi. 63. n. 22. libr. 1.* Quod * & tum procedit, si solvendo nō sit prim⁹
25. **emptor** & secundus emptor de fraude participasset, qui conveniri
26. **potest** à primo venditore, licet rem titulo oneroso & justo pretio
27. **adeptus** fuisset. Covarruv. *d. l. versic. tertia quæstio est.* Pinell. in *d. l. 2. q. 2. c. 1. n. 32.* Fachinæ. *2. controvers. c. 18. versic. quod si proponatur.* Bachov. in *not. & animadvers. in Treutler. p. 2. disput. 2. th. 11. lit. G.*
28. **Ubi** * tradit Bachovius: quòd primo venditori à primo emptore ce-
29. **di** debeat.

debeat actio, quæ ei adversus secundum emptorem, vel singularem possessorem competit: si verò tradi non possit, primo venditori ex æquitate utilis actio, *si quid in fraudem creditorum*, concedenda sit: cum * Edictum istud ad hunc quoque casum, ubi debitor solvendo non est, pertineat.

Et * ergò hæc Dd. limitatio admitti debet, si de fraude participaverit secundus emptor, si non: & * succurritur primo venditori adversus eum, vel ut illi à primo emptore in terminis, ubi secundus contractus ejusdem læsionis vitio laborat, actio debeat cedi, vel * ut hîc in subsidium officium judicis implorare possit, cum Prætor pro qualitate causæ actionem, si in personam si in rem, etiam adversus tertium possessorem, concedere possit. *arg. d. l. in causa 16.* vel si de fraude participaverit secundus emptor, adversus eum utile Edictum, *si quid in fraudem creditorum &c.* intentare.

Cæterum * hoc omittendū hîc non erit: eo casu, quo datur venditori adversus secundum emptorem actio, venditorem læsum intra quadriennium agere debere: postquam enim illud effluxum est, amplius non auditur. Hieronym. Magon. *decis. Florentin. 110.* Cachéran. *decis. 65. n. 9.* Schurff. *consil. 13. cent. 1.* Arnold. Reyg. in *Thesaur. jur. verb. empt. n. 165.*

Controversia XI.

Idem d. l. 2. beneficium, re per subhastationem venditâ, obtinet.

Summaria.

Status controversiæ. n. 1. & 2.

Prima negantium sententia. n. 3.

Secunda affirmantium sententia. n. 4.

Tertia distinguendum sententia. n. 5.

Autor affirmantium sententiam amplectitur & probat. n. 6. 7. 8. 9. & 10.

Objectio ex l. 15. §. 3. ff. d. re judicat. n. 11. & 12.

Solutio. n. 13. & 14.

Objectio ex l. 1. C. d. prad. Decur. non alien. n. 15.

Solutio. n. 16.

Objectio. n. 17.

Solutio n. 18.

Affirmativa magis communis est. n. 19.

Negativa ab omnibus Practicis observata est. n. 20.

Gggg 1

De

1. DE * eo quoque controvertitur, An emptione venditione per
 2. publicam subhastationē celebratā sæpè dictæ legis 2. beneficio
 3. locus sit? In * qua controversia tres reperimus Dd. sententias. Pri-
 ma * est eorum, qui negant, inter quos est Antesignanus noster Bar-
 4. tolus in l. 1. C. d. præd. Decur. libr. 10. quem sequuntur Curt. Jun. consil.
 5. 66. col. pen. Guid. Pap. q. 22. in fin. Papon. d. arrest. 2. libr. 18. tit. 6.
 Secunda * opinio illorum est, quid id affirmant. Alexand. d. Imol. in
 l. pretia rerum ff. ad L. Falcid. & consil. 117. n. 11. vol. 7. Guid. Pap. sing.
 553. Petr. Rebuff. d. resciss. contract. tom. 2. artic. 1. gloss. 16. Tertia *
 est sententia eorum, qui distinguunt inter venditionem sub hasta
 factā ex necessitate, ubi bona dantur majus pretium offerenti, &
 inter eam subhastationem, quæ non fit ex necessitate, sed ob utilita-
 tem domini, bona venum exponentis sub hasta & pro arbitrio ven-
 dentis, quatenus inter ipsum & emptorem de pretio convenit.
 Damhud. libr. 3. subhast. c. 14. n. 26.

6. 7. Nos * affirmantium sententiæ lubentes accedimus. Tum *
 quòd bonis per publicam subhastationem venditis eadem benigni-
 tatis & humanitatis ratio militet, quæ in emptione venditione pri-
 vatim celebrata militat. Tum * quòd d. l. 2. generaliter & indi-
 8. stinctè de venditoribus loquatur. Ergo * hoc in casu, cum nulla
 9. sufficiens & urgens ratio in contrarium allegari possit, restringen-
 10. da non erit. Et * facit textus in l. si quos debitorum 16. ff. d. rescind. ven-
 dit. ubi venditio per subhastationem contracta propter dolum &
 fraudem rescissioni subjecta rescribitur.

11. Objicitur * l. à Divo Pio 15. § pignora 3. ff. d. re judicat. ubi re-
 spondet Ulpianus JC. pignoribus, quæ præcedente publicâ subha-
 statione emptorem non inveniebant, creditori adjudicatis ab eoq;
 in solutum acceptis, non licere creditori aliquid amplius pro resi-
 12. duo petere. Ex * quo consequitur: nec venditori à contractu sub
 prætextu lationis recedere licere: cum utriusque contrahentis æ-
 qualis conditio esse, nec contractus claudicare debeant. Respon-
 13. detur * ex ipso textu d. l. 15. quòd ibi creditor super residuo trans-
 egisse videatur, tum pignus istud sibi non solum adjudicare passus
 14. est, sed etiam in solutum acceptavit. Cum * igitur ipso facto suo
 lationem, si qua subfuit, remisisse videatur, sub lationis prætextu
 nihil amplius prætere potest.

15. Objicitur * etiam l. 1. C. d. præd. Decur. sine decret. non alien. lib. 10.
 ubi

ubi rescribitur: quod prædiis à Decurionibus per publicam subhastationem alienatis nihil postea conqueri possit venditor, se vel infidiis circumventum, vel potentiâ oppressum esse. Respondetur: * quod venditione per publicam subhastationem factâ nulla quidem læsio præsumatur; si tamen contrarium probare possit & velit venditor, æquitas omninò jubeat, audiendum esse venditorem & ad contrarii probationem admittendum.

Denique * objici solet illa ratio: quod res tanti valeat, quanti vendi possit. *l. mortis causâ 18. §. ult. ff. d. donat. caus. mort.* Respondetur *: hoc non semper & universaliter verum esse: contrarium enim experientia docet, sæpius venditorem necessitate coactum rem longè minùs vendere, quàm valeat, & brevi temporis spacio interjecto longè pluris eam vendi potuisse.

Quam * esse magis communem Dd. sententiam, attestantur Alexander, *d. l. eamque præter Doctores antè allegatos sequuntur Aym. Cravett. consil. 29. n. 4. Abbas Panormitan. in c. cum causa x. d. empt vendit. Paul. d. Castr. in d. l. 2. & Cagnol. n. 161. Pinell. p. 2. c. 4. n. 25. Gomes variar. resolut. t. 2. c. 2. n. 23. Fachinæ. controvers. jur. libr. 2. c. 21 versic. Amplius est controversia.*

Cæterum * contrariam Bartoli sententiam ab omnibus suæ ætatis Practicis observatam esse; tradit Damhud. *d. l. 2.* & post eum Daniel Moller. *Semestr. libr. 3. c. 12. n. 9.*

Controversia XII.

Re apud emptorem peremptâ d. l. 2. beneficio locus non est.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.

Eadem opinio in emptore non procedit n. 11. 12. & 13.

Nec procedit ea re apud secundum emptorem peremptâ, si primus emptor verum rei pretium acceperit. n. 14.

Beneficium * sæpè dictæ legis 2. locum non habere, quando res emptâ vendita sine culpa emptoris periit, manifestâ ratione nititur. Nam * res principaliter est in obligatione; supplementum verò in solvendi facultate: licet enim venditor libellum alternativè concipere possit, & vel ad rei restitutionem, vel ad pretii supplementum agere; tamen in arbitrio & electione est emptoris vel rem re-

3. restituere, vel supplementum solvere. Re * igitur perempta sine culpa emptoris: non potest amplius agere venditor: quia sic plus peteret & electionem vel rem restituendi, vel pretium supplendi adimeret, quam ipsi simul fortuitus casus, quem prestare non cogitur emptor, ademit. Cessat * etiam hoc casu ratio æquitatis, super quâ d. l. 2. constitutio fundata est: quin * ea hoc in casu pro emptore militat. Quoniam scil. venditor hac ratione cum damno emptoris locupletaretur, si ille totum & integrum pretium consequeretur rei peremptæ; emptor verò & re & pretio carere cogere-
 4. tur: nam res apud venditorem æquè perire potuisset. Et * pro
 5. eadem sententia facit. l. Titia textores §. ult. d. legat. 1. l. electio §. quid si is ff. d. noxal. act. l. 1. §. ult. ff. si cui plus quam per leg. Falcid. l. si communis servus versic. ex his igitur ff. d. furt. in quibus quantitate respectu certæ speciei debitæ & specie perempta debitor liberatus
 7. dicitur. Atquin * præsentī casu quantitas debetur, certæ rei re-
 8. spectu, nimirum rei venditæ contemplatione. Ergo * re perempta
 9. tota obligatio, tam respectu rei quàm pretii, perimitur. Item * fa-
 10. cit l. si res æstimata 18. §. 1. ff. d. jur. dot. ubi respondit Ulpianus JC. quòd, si servus in dotem marito datus perierit, non justam æstima-
 tionem, sed eam quæ facta est, mulieri præstandam esse: & ratio-
 nem subjicit JC. mulierem boni consulere debere, quòd æstimatus
 fuerit servus, in dotem datus. Si * igitur mulier in dote, quæ sem-
 per & ubique præcipua est, non justè facta æstimatione ejus non
 plus consequitur; nec venditor plus consequi poterit, quàm pretii
 loco accepit. Gloss. & Bartol. in d. l. 2. ibidemq. Dd. communiter.
 Covarruv. variar. resolut. libr. 2. c. 4. n. 10. Gomes. variar. resolut.
 1. 2. c. 2. n. 11. Fachin. controuv. jur. libr. 2. c. 21. versic. est & alia contro-
 versia.
 11. Quæ * tamen sententia in emptore, ultra dimidium justī
 pretii læso, non procedit, cui re perempta venditor superfluum
 12. nihilominus restituere tenetur: cum * hīc sit diversa ratio emptoris
 & venditoris: nam emptor de damno vitando certat, venditor ve-
 rò de lucro captando; siquidem ille & re & pretio carere cogitur;
 hic verò præter justum pretium etiam illud plus, quod est supra ve-
 ram & justam æstimationem rei, consequeretur. Atquin * sem-
 per damnum vitantis potior, quàm lucrum captantis, ratio haberi
 13. debet. Covarruv. d. c. 4. in fin. Pinell. in d. l. 2. p. 2. c. 1. n. 38.

Si etiam

Si etiam * res non apud emptorem, sed apud eum, cui hic
 rursus vendidit, periret, & primus emptor veram rei æstimationem
 accepisset, cum hic nullum damnum sentiret; venditori supple-
 mentum justii pretii solvere cogeretur: veluti sentiunt Salycet. Ful-
 gos. cæteri que Dd. *ad d. l. 2. Covarruv. d. l. n. 4. in fin. Pinell. d. l. n. 38.*

14.

Controversia XIII.

Geminatus consensus d. l. 2. beneficium non excludit.

Summaria.

Autor cum Dd. negativam controversiæ hujus defendit sententiam & pro-
 bat. n. 1. usq; ad n. 10. *inclus.*

Objection. n. 11. & 12.

Solutio. n. 13. & 14.

DE * hoc etiam disquiritur inter Doctores, An geminatus
 vel reiteratus consensus excludat *d. l. 2. beneficium*: u-
 bi * nos cum Dd. negativam defendimus sententiam: pro qua pu-
 gnat illa ratio: quod * *d. l. 2.* generaliter & indistinctè loquatur,
 neque verbum ibi appareat, quo in hisce terminis beneficium istud
 excluderetur. Et * si etiam mens legis ponderetur, ex ea non pos-
 sit colligi, in casu hoc dictum beneficium cessare. Proinde * nobis
 minimè erit licitum, contra verba legis & mentem ejus ejusmodi
d. l. 2. restrictionem admittere, vel inducere. Geminatus * etiam
 consensus nullam juris alicujus renunciationem arguere poterit:
 nam reiteratus iste consensus ad id se refert, quod fuit actum & de
 quo cogitatum. At * verò in contractu de nulla læsione aliquid
 actum fuit, vel cogitatum, ideoque consensus iste reiteratus ultra
 non poterit extendi. Quin * eadem, *d. l. 2.* humanitatis ratio
 obtinet, ubi reiteratus intervenit consensus: quocircà idem quoq;
d. l. 2. beneficium obtinere debet. Contrariâ * etiam opinione
 admissâ, maxima fraudibus occasio daretur, facillimeque dictæ
 legis 2. constitutio eluderetur. Eadem * namq; facilitate læsus
 ad reiteratū consensum induceretur & persuaderetur, quâ antè in-
 ductus fuit.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

Neque * obstat: quòd opinione nostrâ ami sâ nihil operare-
 tur geminatus iste consensus: cum tamen in contractibus ne ver-
 bum

12. bum quidē otiosum & sine operandi virtute esse debeat. Et * quia reiteratus iste consensus omnia præmeditatē & deliberatē acta esse in contractibus præsumat, dicendum videatur, contrahentes nullam læsionem attendi voluisse. Etenim * negamus nos hæc ipsa contrariæ sententiæ Patronis, in tantum operari geminatum istum consensum, ut etiam ad ea, quæ in contractum non fuerunt deducta, debeat extendi: vel nihil operari reiteratum istum consensum.
13. Nam * hoc operatur omninò: quòd, quamvis ob causam à contractu resilire non velint contrahentes, sicut aliàs fieri solet; non verò hoc, ut omnibus beneficiis suis renunciare voluerint. Fabian. d. Mont. d. empt. vendit. q. 8. versic. tertio quæro Pinell. ad d. l. 2. p. 3. pr. n. 36. Fachin. controuv. jur. libr. 2. c. 21. versic. quarta est controversia.
- 14.

Controversia XIV.

In datione in solutum d. l. 2. beneficium admittitur.

Summaria.

Tres Dd. opiniones de hac controversia referuntur. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Autor ultimam Dd. opinionem, inter dationem in solutum extrajudicalem & judicalem distinguendum, sequitur. n. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

1. **C**ontroversum * est & illud inter Dd. An in datione in solutum
2. *d. l. 2. beneficium admittatur? Quidam * affirmant: Johan. Andr. ad Speculat. tit. d. judic. 8. sequitur Treutler. p. 2. disp. 2. th. 11. lit. D. ibiq. Bachov. quidam * negant. Baldus in l. ordo C. d. execut. rei judicat. Quidam * verò distinguunt inter dationem in solutum extrajudicialiter factam à debitore creditori, & dationem in solutum judicalem, quando sc. pignus creditori à iudice adjudicatur:*
3. *in * priori constitutioni d. l. 2. locum esse dicunt; in posteriori verò casu non item. Alexand. d. Imol. ad l. si quis cum aliter n. 15. ff. d. V. O. Quam * distinctionem approbamus. Quòd * enim in priori distinctionis membro locus esse possit dictæ legis 2. constitutioni, ex eo probatur: quoniam ejusmodi in solutum datio instar emptionis venditionis esse dicitur in l. si prædiū 8. C. d. evict. Etiam si * etiam datio in solutum cum permutatione comparetur; ramen d. l. 2. constitutioni locus erit, Bachov. d. l. quia ea absque ullo dubio in permutatione admittitur: nimirum propter similitudinem, quam cum emptione venditione habet, & * quod dicta constitutio in d. l. 2.*
- 4.
- 5.
6. 7.
- 8.
- 9.

l. 2. in omnibus bonæ fidei contractibus locum habet, secundum crebriorem & magis receptam Dd. sententiam. Quod * attinet verò ad alterum distinctionis membrum, nimirum ubi res specialiter in solutum datur; idèd læsus ibi non habet beneficium hoc, quòd, si per iudicis adjudicatione læsus quis fuerit, à iudice appellari possit; sin * verò creditor pignora à debitore in solutum acceperit iisque contentus fuerit, de cætero veluti pacto transegisse videatur. *l. à Divo Pio 15. §. pignora 3. ff. d. re judicat.* Quam opinionem comprobant Fabian. *d. Mont. d. empt. vendit. q. 8. n. 9.* Pinell. *p. 1. c. 4. n. 8. 9. & 10.* Fachin. *2. controvers. jur. c. 21. versic. tertia questio est.*

10.

xi.

Controversia XV.

Juramentum sæpè dictæ L. 2. beneficium excludit.

Summaria.

Status controversiæ formatur. *n. 1. & 2.*

Autor communem Dd. sententiã amplectitur & probat. *n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.*

Obiectio. *n. 11. 12. & 13.*

Solutio. *n. 14. 15. & 16.*

Obiectio. *n. 17.*

Solutio. *n. 18. & 19.*

Obiectio. *n. 20.*

Solutio. *n. 21. & 22.*

Quæ opinio communis est. *n. 23.*

Limitatur a Dd. in enormissima læsione. *n. 24. & 25.*

Celebris * & practicabilis hæc est controversia, An juramento contractui emptionis venditionis, vel alii, in quo aliàs admittitur *d. l. 2. constitutio*, adposito, locus sit *d. l. 2. beneficio*: quæ controversia imprimis in renunciationibus familiarum Nobilium, in quibus filiæ congruâ dote acceptâ omni paternæ hæreditati renunciant, occurrere solet. In * qua sanè controversia Dd. in diversas ivisse sententias, deprehendimus, veluti hoc etiam inter alios apud Andr. Fachinæum *libr. 2. controuv. jur. c. 17.* videre licet. Nos * communem Dd. sententiam amplectimur, statuentium, sæpè dictæ *l. 2. beneficium* per juramenti adpositionem excludi: quam * probamus per *l. 1. C. si advers. vendit.* ubi rescribit Alexander Imperator: quòd, si minor 25. annis caverit emptori, se de cætero contro-

1.

2.

3.

4.

versiam non facturum, idque corporali juramento confirmaverit, juramentum illud servare debeat. Idem * probatur ex subsequente
 1. *auth. sacramenta impuberum eod. tit. quæ ita se habet: Sacramenta impuberum, sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur.* Si * igitur vi horum duorum textuum ne minores quidem contra contractus à se celebratos & juramento firmatos ex causa læsionis venire possunt; multò minùs majores contractuum suorum, juramento firmatorum, rescissionem ex causa læsionis ultra dimidium petere possunt. Quam * opinionem confirmat quoque illa ratio: quòd juramentum faciat: ut valeat actus
 2. *omni meliori modo, quo valere potest. l. cum pater §. filius matrem ff. d. legat. 2.* Et * juramentum vim specialis consensus habere dicatur. *Geil. l. 2. observat. 41. n. 5.* Unde perinde est juramento præstitio, ac si contrahens omni læsioni specialiter renunciârit. Eandem * opinionem corroborat & illa ratio: quòd omne juramentum, quod absque dispendio salutis æternæ servari potest, servandum sit. *l. c. quamvis d. pact. in 6.* At * verò juramentum contractui emptionis venditionis adpositum absq; dispendio salutis æternæ servari potest. Ergò servandum est.

3. Verùm * sententiæ nostræ objicitur à contrariæ sententiæ patronis: 1. quòd juramentum se ad ea non extendat, de quibus non fuit cogitatum. Sed * verò dum à parte præstitum fuit juramentum, de enormi læsione ista non fuit cogitatum. Ergò * juramentum contractui emptionis venditionis adpositum istud *d. l. 2.* beneficium non excludit. Respondetur * ad hoc argumentum: quòd de læsione absque ullo dubio cogitatum fuerit: quia * enim præmeditatè & deliberatè præstari debet ac solet juramentum, ideoque contrahentes de læsione cogitasse præsumuntur: frustra * namq; id contractui non adposuerunt.

2. Objicitur * ab adversariis: quòd ubi dolus intervenit, juramentum nullius sit efficacix; At verò ubi enormis subest læsio in contractu, dolus intervenisse censetur. *l. quisquis 10. C. d. rescind. empt. vendit.* Respondemus * verum hoc esse, ubi dolus ex proposito contrahentium intervenit, non ubi ipsi contractui inesse censetur. Proinde * neque obstat, omne juramentum comites suos habere debere, nimirum justitiam & æquitatem.

3. Objicitur: * eadem facilitate ad jurandum induci posse contrahentes

quâ ad contrahendum inducuntur : & sic rem ad idem redire. Respondetur : * quòd, quoniam juramentum religiosa est assertio, nec facilè etiam homines illud præstare solent ; ideoque ista jurandi temeritas & facilitas non facilè præsumenda sit. Si * etiam homines in hoc faciles se præbuerint, habent quod sibi imputent, hâc facilitate suâ sibi, non aliis præjudicant.

Atq; * hæc est communis Dd. opinio : quam defendunt Gloss. Bartol. Bald. Castrenf. Salycet. *ad d. l. 2. ibidemq;* Pinell. & plures ab eodem allegat.

Quam * tamen opinionem limitant Dd. in terminis enormissimæ læsionis, in quibus statuunt, læsum à beneficio isto *d. l. 2.* non excludi. Andr. Geil. 2. *observat.* 147. n. 8. 9. & *seq.* Joachim. Mynsing. *cent. 5. observat.* 69. Dan. Moller. *Semestr. libr. 3. c. 39.* Ozascus *decis.* 41. Tellaure. *decis.* 165. Cravett. *consil.* 7. 192. & 121. Roland. à Valle *consil.* 59. vol. 1. Natt. *consil.* 10. Joseph. Ludovic. *decis.* 97. part. 2. Anton. Gabriel. *tit. d. empt. conclus.* 78. & *seqq.* Anton. d. Padylla *ad d. l. 2. n. 32.* Covarr. 2. *variæ. resolut. c. 4.* & *in c. quavis p. 3. §. 4. d. pact.* Cachéran. *decis.* 41. n. 8. Treutl. p. 2. *disput. 2. th. 11. lit. E. ibiq;* Bachov. Hunn. *variæ. resolut. libr. 3. tract. 7. p. 1. q. 15.* Eandemq; * opinionem in Camera Imperiali practicatam esse, testatur Mynsing. *d. l.* ubi præjudicium refert.

Controversia XVI

Fructus rei emptæ venditæ rescisso contractu restituendi non sunt.

Summaria.

Autor negativam suam probat. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.
 Obiectio ex l. 1. C. si maj. fact. alienat. rat. hab. n. 8.
 Solutio. n. 9.
 Obiectio ex l. 31. ff. d. edilit. Edict. n. 10.
 Solutio. n. 11. & 12.
 Obiectio. n. 13. & 14.
 Solutio. n. 15. 16. 17. & 18.
 Obiectio ex l. 16. §. 1. in fin. ff. d. inoffic. testament. n. 19.
 Solutio. n. 20.
 Obiectio ex l. 19. ff. d. un. n. sur. 21.
 Solutio. n. 22.

1. **H**OC * etiam maximè circa hanc materiam controvertitur,
 2. An rescissâ emptione venditione fructus sint restituendi? Ubi
 3. * nos negativam sequimur sententiam: Nam emptor bonæ fidei est
 4. possessor & titulum habet, quod præsupponitur: quem fructus lu-
 5. crari certi juris est, *l. bonæ fidei 48. ff. d. adquir. rer. domin. l. & lib. 2. tit. 1.*
 6. *contr. 15.* pluribus probatum fuit. Neque * etiam in mora est em-
 7. ptor, rem restituendi, sed potius ipse venditor, qui contractus re-
 8. scissionem statim petere potuisset. Ergo * mora ista non emptori,
 9. sed venditori nocere debet. *l. 2. C. d. pact. int. empt. vendit. ubi em-*
 10. *ptor ad fructuum restitutionem non condemnatur, nisi in mora fu-*
 11. *erit rem restituendi.* Iniquum * quoque esset & pretium rei habe-
 12. re venditorem & simul etiam fructus eum lucrari. *l. curabit. 5. C. d.*
 13. *act. empt.* Et * facit pro eadem sententia nostra, quod neque in *d.*
 14. *l. 2* neq; alibi fructuum restituendorum rescissâ emptione vendi-
 15. tionis mentio fiat. Item * facit: quod in contractu emptionis ven-
 16. ditionis, cui pactum de retrovendendo adpositum est, fructus non
 17. nisi à tempore moræ debeant restitui. *d. l. 2. C. d. pact. inter empt.*
 18. *& vendit. ubi Dd.*
19. Non * obstat: *l. 1. C. si maj. fact. alienat. rat. habuit.* in cuius legis
 20. specie minoris res sine decreto alienata fuit & postea à minori facto
 21. majori inconsultò rata habita: & rescribitur rem cum fructib⁹ resti-
 22. tuendam esse. Respondetur * namque diversum esse casum istum
 23. ab hoc nostro casu: nam ille est de contractu emptionis venditionis
 24. de re minoris, sine decreto celebrato & postea à minori majori in-
 25. consultò rato habito: qui cum omni causa restituendus venit, de
 26. quo casu non est præsens controversia nostra; proinde *d. l. 1.* malè
 27. hûc allegatur.
28. Non * obstat etiam: quod rescissâ emptione venditione per
 29. redhibitoriam actionem res cum fructibus restituenda sit. *l. quod si*
 30. *nolit. 31. ff. d. adilit. edict.* Etenim * respondetur: quod in specie
 31. ista ipse emptor in causa sit factæ redhibitionis & sic rescissæ em-
 32. ptionis venditionis; meritò igitur rem cum fructibus restituere de-
 33. bet: quod * non est in nostro casu, in quo venditor contractum
 34. rescindi petit.
35. Deinde * non obstat: quod rescissâ emptione ex pacto ad-
 36. dictionis in diem res cum fructibus restituenda sit: *l. quod dictum &*
 37. *l. Imperator ff. d. in diem addict.* quod * & obtinet in casu, quo
 38. emptio,

emptio venditio ex pacto L. commissoriae resolvitur. l. 5. ff. d. L. commissor. Respondetur * enim contractum illum, de quo oppositæ leges loquuntur, esse conditionalem, nostrum verò contractum esse purum: Ergò * à diversis mala fit hinc illatio. l. Papinianus 20. ff. d. minor. Item * respondetur ad alterum casum emptionis venditionis, sub pacto legis commissoriae celebratae: quòd * & ibi facto & culpâ emptoris resolvatur contractus. Ergò ex hac quoq; ratione ad fructuum restitutionem tenetur:

Sed * nec obstat l. filio 16. §. 1. in fin. ff. d. inofficios. testament. ubi per inofficiosi querelam testamento rescisso bona unà cum fructib⁹ restitui debent. Respondetur * enim: & hunc casum diversum esse à nostro casu: nam in restitutione ex inofficiosi causa facienda idèd etiam fructus restituendi veniunt: quoniam hæreditas à die mortis testatoris ad actorem pervenisse intelligitur.

Denique * non obstat l. videamus 19. ff. d. usur. ubi rem restituere cum fructibus eam restituere dicitur. Etenim * d. l. 2. & alia etiam leges de præsentì materia nostra agentes vocabulo restituere non utuntur; sed potius ex humanitate quadam & miseratione læsis actionem largiuntur: reo convento electione datâ, an rem restituere, an verò pretium supplere velit.

Quam * esse communem, veriore, & receptam Dd. sententiam, dicit Mynsinger cent. 4. observ. 73. n. 8. eamq; se in Praxi sapissimè vidisse observatam; testatur Arius Pinellus ad d. l. 2. p. 2. c. 4. n. 1. & seqq. ubi eandem multis probat & contrariis satisfacit. Eandemque defendunt Antonius d. Butr. & Imol. in c. ad nostram x. d. empt. vendit. Anton. Gomes. variar. resolut. t. 2. c. 2. n. 24. & in l. Tauri 70. n. 29. versic. confirmatur Covarruv. resolut. libr. 1. c. 3. n. 9. Fabian. d. Mont. d. empt. vendit. q. 8. pr. n. 24. Sturc. ad l. 133. §. verbum ff. d. R. I. Fachin. controvers. jur. libr. 2. c. 24.

Controversia XVII.

Ex lege 2. C. d. rescindend. empt. vendit. ad emptionem venditionem rescidendam, agere volens, actionem ex empto rectè instituit.

Summaria.

Qui ultra dimidium iusti pretii læsus est alternativè agere potest, vel ad contractus rescissionem, vel ad pretii supplementum. n. 1. & 2.

Quæ actio in causa læsionis huius competat, Dd. variant. n. 3.

Prima opinio eorum, qui conditionem ex lege competere volunt. n. 4.

Secunda opinio istorum, qui officium iudicis locum habere statuunt. n. 5.

Tertia opinio actionem ex empto vendito competere statuendum: quorum opinionem Autor probat. n. 6. 7. 8. 9. 10. 11. & 12.

Prima opinio refellitur. n. 13. 14. 15. & 16.

Secunda opinio rejicitur. n. 17. 18. & 19.

1. **U**Ltra * dimidiam partem iusti pretii læsus secundum sententiam d. l. 2. & c. cum dilecti x. d. empt. vendit. alternativè adversus reum agere potest, ut vel rem restituat, vel supplementum iusti pretii solvat: quod * in electione rei rest. Quæ * nam verò & qualis illa sit actio, quæ institui debeat, de hoc Dd. inter se non conveniunt.

2. 3. Nam * sunt qui conditionem ex lege hinc competere asserunt, inter quos est Pinellus ad d. l. 2. p. 2. c. 2. n. 26. secutus Angelum in l. si id quod aurum ff. d. V. O. Alii * officium iudicis locum habere dicunt. Vid. Gloss. ad d. l. 2. Alii * verò actionem ex empto vendito competere statuunt. Et * horum opinio nobis amplectenda videtur: nam in bonæ fidei iudiciis, cuiusmodi est etiam emptio venditio, omnia ea præstanda sunt, quæ alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, etiam si nihil de iis nominatim conventum fuerit. §. in bonæ fidei 30. instit. d. act. §. fin. instit. d. obligat. quæ ex consens. nascunt. 2. Pro * opinione nostra concludit illa ratio: quod de natura sit actionis empti venditi, ut eâ contractus rescindi possit, veluti, quando sub expressa hac conditione initus sit contractus, ut postea res emptæ inempta fieret. l. sed celsus 16. §. 1. ff. d. contrah. empt. vendit. Quin * licet nihil tale conventum fuerit; tamen interdum rescissio fit contractus emptionis venditionis: veluti si animal morbosum, vel vitiosum fuerit venditum, quo casu ex Edicto ædilium curulium emptor animal venditori redhibere potest: l. 1. ff. d. edil. lit. Edict. quod * nihil aliud est, quàm rescissio contractus empti venditi, ideoque actio ex empto datur. l. ex empto 11. §. 1. ff. d. act. empt. 3. Facit * pro eadem opinione: quod omnia ea in actionem empti venditi veniant; quæ venditor ex more & consuetudine recepta venditori aut venditor emptori invicem præstare debent. Er-

gò mal-

gò * multò magis in actionem istam venient, quæ jure certo sunt constituta.

Prima * autem opinio, quæ condictioem ex lege locum habere vult, ideò subsistere non potest: quòd totiens condictioem ex lege locus sit, quotiens lege novâ introducta est obligatio, vel actio, nec expressum eadem lege, quo actionis genere experiri oporteat. *l. unic. ff. d. condict. ex leg.* At * verò prodita est ante *d. l. 2. actio*, nimirum empti venditi, quâ experiri potest; ad quid igitur opus erit condictioem ex lege? Neque * enim statim, si jus civile aliquid novi introducit & juri civili antè constituto addit, vel id auget, nova actio quaerenda erit & fingenda. Nam * subsidiaria est condictio ex lege, quæ, si alia aliqua dari potest actio, locum non habet.

Secunda * opinio ex hac causa obtinere non potest: quòd, quotiescunque remedium ordinarium competit, totiens extraordinarium, cujusmodi est in integrum restitutio, cessare debeat. Cum * igitur remedium ordinarium habeamus, vel actionem empti venditi, vel si hæc non placet, condictioem ex lege, ad extraordinariū illud remedium non statim deveniendum erit. In * casibus tamen, quibus actio empti venditi locum habere non potest, veluti si contra tertium agatur, qui non contraxit cum læso, officii judicis imploratio prodesse poterit. Gloss. Bartol. & communiter Dd. in *d. l. 2. & in c. cum causa x. d. empt. vendit.* Johann Oldendorp. *d. act. class. 4. act. 1. n. 7. p. m. 384. versic. emptor.*

Controversia XVIII.

*Pactum de retrovendendo est personale,
nec rem afficit.*

Summaria.

- Emptioni venditioni pacta adjici solent. n. 1.
- De in diem additione. n. 2.
- De lege commissoria. n. 3.
- De pacto retrovendendi. n. 4.
- Pacto retrovendendi inito, dominium nihilominus in emptorem transit. n. 5.
- Status controversiæ. n. 6.
- Diversæ Dd. opiniones recensentur. n. 7. 8. 9. 10. & 11.
- Autor opinionem suam probat. n. 12. usque ad n. 27. inclus.
- Obiectio. n. 28.
- Solutio. n. 29.

Obiectio.

Obiectio ex l. 13. ff. d. pignorat. act. & l. 10. §. 1. ff. quib. mod. pign. &c.
n. 30. 31. 32. & 33.

Solutio. n. 34. 35. 36. 37. & 38.

Quorundam Dd. distinctio refutatur. n. 39.

Autoris opinio recepta est & in Camera Imperiali practicata. n. 40.

1. **C**ontractui * emptionis venditionis varia pacta adjici solent interdum à contrahentibus: inter quæ præcipua & frequentissima sunt. *
2. 1. in diem addictio, vel purè facta, ut allatâ meliore conditione ab emptione recedatur, vel sub conditione, ut perficiatur emptio, nisi melior conditio oblata fuerit. l. 1. & 2. & t. t. ff. d. in diem addict.
3. 2. Est * Lex commissoria, quâ cavetur, ut nisi certo tempore pretium solutum fuerit, res inepta fieri debeat. l. 1. & t. t. ff. d. leg. commiss. Est *
4. & aliud de retrovendendo, quod adjici solet contractui emptionis venditionis à contrahentibus, ut quandoque, vel intra certum tempus oblato pretio, res restitui debeat venditori: l. 2. C. d. pact. inter empt. & vendit. quo * tamen pacto non obstante, dominium nihilominus in emptorem transfertur. Mynsing. 6. observat. 70.
6. Unde * controversia celebris & difficilis orta est, An pactum hoc de retrovendendo, emptioni venditioni adjectum, sit personale, an verò reale, nimirum an ipsas personas contrahentes solum respiciat, an verò rem ipsam afficiat ita, ut si postea emptor rem alii vendat, primus venditor oblato pretio repetere eam à secundo emptore possit? De * qua sanè controversia diversas Dd. tenent sententias: quidam * enim personale esse pactum illud statuunt: quidam * reale esse assertant: quidam * verò distinguunt, an pactum hoc verbis directis, an verò obliquis celebratum fuerit, ita ut primo casu reale esse censeatur & dominium ad venditorem revertatur: posteriori verò casu non item. Verba * directa autem appellant, quibus venditio resolvatur & pro infecta habeatur; obliqua verò ubi simpliciter emptor revendere seu restituere promittit. Vid. Andr. Fachin. controvers. jur. libr. 2. c. 15.
7. Nos * illorum sequimur sententiam, qui simpliciter statuunt, pactum de retrovendendo non reale, sed personale esse, nec ipsam rem afficere. Pro * cujus sententiæ confirmatione adducitur illa ratio: quòd pactum, contractui in continenti adjectum, ab eo vestiatur informetur, & naturam ejus juduat l. 4. ff. d. usur.
8. Bartol. & Jas. in l. 7. §. 5. ff. d. pact. Wesenb. in w. d. t. n. 4. ideoque contra-
9. 10.
- 11.
- 12.
- 13.

contractui insit *l. lecta. 40. ff. d. reb. credit.* Atquin * contractus em-
 ptionis venditionis personalem duntaxat obligationem producit.
l. 1. C. d. act. empt. §. emptore instit. h. t. Ergò * & pactum quod
 inest contractui, eandem obligationem personalem producet.
 Nam accessorium naturam sui principalis sequitur. *c. accessorium*
d. R. I. in 6. l. cum principalis ff. eod. tit. Deinde * pactum hoc re-
 trovendendi pars est contractus emptionis venditionis, cui apposi-
 tum est. *l. fundi ff. d. contrah. empt. vendit.* Ergò * pars à suo toto
 dissidere non debet. Porro * eadem potestas est contractus & di-
 stractus: ejusdemque est naturæ resolutio contractus, cujus est ipse
 contractus, quin pactum nihil aliud est, quàm contractus. Sicut *
 igitur contractus obligationem personalem introducit & generat;
 ita etiam pactum. Quibus * rationibus suffragatur etiam illa ratio:
 quòd primus emptor per traditionem dominus factus fuerit. *l. tra-*
ditionibus 20. C. d. pact. Ergò * liberam habuit potestatem rem ali-
 enandi & dominium in alium transferendi: quilibet enim rerum
 suarum moderator est & arbiter *l. in remandata 21. C. mandat.* Ac-
 cedit * quòd, si duobus res vendita sit, is præferatur, cui * tradita est.
l. quotiens 15. C. d. R. V. Atquin primo venditori res neq; revendita est
 neq; tradita. Ergò * multò magis ei secundus emptor præferendus
 est: argumento à majori ad minus ducto, quod validum est in jure
 nostro. Neque * enim dicere hîc quis possit: hypothecam in re ven-
 dita constitutam esse primo venditori: siquidem expressè & no-
 minatim fieri hoc debuisset. Hactenus * igitur operatur pactum
 illud inter contrahentes: ut si emptor habeat adhuc rem emptam,
 si velit venditor, vel tempore constituto adveniente possit redime-
 re eam; sin verò non habeat eam amplius, interesse præstare coga-
 tur. Quòd * inter contrahentes tacitè hoc contractum intel-
 ligatur.

Neque * obstat: quòd res cum sua causa & cum suo onere
 transeat; Ergò ad secundum emptorem aliter pervenire non po-
 tuit, quàm cum pacto retrovendendi. Respondetur * enim: rem
 ipsam affectam non esse, sed personam solùm primi emptoris obli-
 gatam: proinde obligatio hæc ad tertium non pertinet: nam res
 inter alios acta tertio neque prodesse neque obesse debet. *l. 27. §. 4.*
ff. d. pact.

Non * obstat etiam, quòd adversarii objiciunt: per pactum

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22. 23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30.

de retrovendendo dominium ipso jure ex sola pretii oblatione absque ulla nova dominii traditione, transferri: quod * probare conantur per *l. si cum 13 ff. d. pignorat*, ubi pignora à creditore vendito cum pacto, ut si solverit debitor pretium, liceret ei recipere rem suam; debitor aut rem vindicare, aut in factum actione adversus emptorem agere potest. Et * per *l. voluntate 10. §. creditor 1. ff. quib. mod. pign. &c.* in qua ita respondet Paulus J.C. *creditor si pignus distraxit & ex venditione recessum fuerit, vel homo redhibitus, dominium ad debitorem revertitur, idemq; est in omnibus, quibus concessum est rem alienam vendere: Non enim quia dominium transferunt, ideo ab emptore jus ejus recipiunt, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione.* Ex * quibus textibus concludunt adversarii: quòd, sicut in propositis ibi casibus dominium recipiatur à debitore ab emptore; ita etiam in nostro casu illud primus venditor à secundo emptore recipiat, solà venditione resoluta.

Verum * non obstant, dico, duo isti textus: nam diversi sunt isti casus ab hoc nostro casu: siquidem in *d. l. 13.* creditor expressè pactus erat cum emptore, ut, si debitor rem venditam redimeret & pretium solveret, eam debitori restitueret: quo casu recepto pretio ab emptore, res in pristinam causam redit & dominium ad debitorem per istam pretii solutionem revertitur. Nostro * verò in casu tale quid nihil pactus præsupponitur primus emptor; etiam si igitur de retrovendendo inter eum et primū venditorem pactum sit; tamen hoc tertium minimè obligat: siquidem * contrahentes solum & hæredes eorum obligat: non enim extraneo, sed nobismet ipsis & hæredibus nostris pacisci solemus. Quod * attinet ad oppositam; *l. 10.* casus ibi propositus magis diversus est à præsentī casu, quàm prior: ibi * enim non propter pretii oblationem, sed aliis ex causis resoluta dicitur emptio venditio: nimirum si vel contrahentes recesserint à contractu, vel res vendita redhibita fuerit, quod minimè hūc pertinet.

Cæterum * distinctio quorundam Dd. quos sequitur Andreas Fachinaus. *d. l. rem* minimè expedit: nam utroque distinctionis casu pactum istud de retrovendendo inter paciscentes, validum est, non verò inter tertium & paciscentes, quem primus emptor noluit obligare: quia non potuit, nisi rei intuitu, cui contrahentes onus ejusmodi reale haud imposuerunt.

Quæ * est recepta Dd. & in Camera Imperiali practicata sententia : testibus Gailio 2. *observat.* 16. & Mynsing. *cent.* 6. *observ.* 69. ubi præjudicium refert, eandemque defendunt Alexand. d. Imol. *consil.* 10. *vol.* 1. Jason. *in l. ab emptione ff. d. pact.* Curt. Sen. *consil.* 12. n. 2. & *seqq.* Gomes. *variar. resolut.* t. 2. c. 2. n. 29. Zas. 1. *consil.* 72. n. 33. Wefenbec. *consil.* 39. Cacheran. *decis.* 65. Hartman. Pistor. *libr.* 1. q. 21. n. 7. Fichard. *consil.* 40. *libr.* 2. Hartmann. Hartmann. *observ.* tit. 20. d. *pact. observat.* 5. Hieronym. Schurff. *consil.* 13. *cent.* 1. Sturcius *ad l.* 137. *ff. d. R. I.* Alciat. 5. *paradox.* 1. Cujac. 8. *ad African.* *in l.* 24. *ff. d. præscript. verb.* Treutler. p. 1. *disput.* 28. th. 10. lit. C. Hunn. *variar. resolut.* *libr.* 3. *tract.* 7. q. 6.

Controversia XIX.

Fructus tempore revenditionis pendentes inter emptorem & venditorem pro rata temporis dividi debent.

Summaria.

Emptor sub pacto retrovenditionis omnes fructus suos facit, etiam perceptos extantes, secus quam bonæ fidei possessor. n. 1. 2. & 3.

Status præsentis controversiæ. n. 4.

Autor opinionem suam probat. n. 5. usq. ad n. 14. *inclusiv.*

Objectio. n. 15.

Solutio. n. 16. 17. 18. 19. 20. & 21.

Objectio Alexandri d. Imola ex l. 2. C. d. *pact. int. empt. & vendit.* n. 22.

Solutio. n. 23. & 24.

Francisci Zoanetti sententia. n. 25. 26. & 27.

Quæ revellitur. n. 28. 29. 30. 31. & *seqq.*

DE * hoc nullum dubium est, quin emptor sub pacto retrovenditionis, quam diu possidet rem emptam, fructus suos faciat : quoniam dominus factus est per traditionem, adeo * ut nec perceptos & extantes restituere teneatur : secus * quam bonæ fidei possessor, qui extantes restituit. *l. certum est.* 22. C. d. R. V. l. *sequitur* 4. §. *lana ff. d. usucap. & usurpat.* Sed * de pendentibus fructibus controversitur, quomodo de hisce ineunda sit ratio, An ad venditorem, an ad emptorem pertinere, an verò inter utrumq; dividi debeant? Nos * sentimus, inter emptorem & venditorem pro rata temporis dividendos esse pendentes fructus. In * cujus confirmationem adducimus *l. divorcio ff. solut. matrim.* ubi respondet

- Papinianus J.C. æquum esse, ut divortio facto fructus non ex die locationis, sed habitâ ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit, inter maritum & uxorem dividantur. Idem * respondit Ulpianus J.C. in l. de divisione §. ff. eod. tit. Atque * rescriptum est in l. unic. §. sed & novissimi C. d. rei uxor act. Si * igitur in dote hoc obtinet, etiam in nostro casu obtinebit: hætenus * enim inter utrumque casum nullam diversitatis rationem videre possumus. Et * quoniam contractus emptionis venditionis bonæ fidei est contractus; §. actionum 28. instit. d. act. ideoque in dubiis casibus præsertim verò in præsentī ex bono & æquo adjudicatio fieri debet; æquum * autem est, ut pro rata temporis inter emptorem & venditorem dividantur fructus. Periniquum * enim esset: si permetteretur venditori, quocumque tempore vellet, fundum cum fructibus plenum auferre. Et * ergò bonæ fidei & æquitati congruit in casu nostro, inter emptorem & venditorem eo modo, ut dictum, fructus dividi.
- Verum * objici hîc posset: quòd, si ad exemplum fundi dotalis dividi debeant fructus pendentes inter emptorem & venditorem, etiam percepti & extantes instar fructuum fundi dotalis in d. l. §. & l. de divortio dividendi sint. Cui * responderi potest: quòd, licet in nostris terminis par ratio sit fundi dotalis & rei, sub pacto retrovendi venditæ, tamen quod ad perceptos fructus extantes attinet, dispar sit ratio: nimirum * quoniam maritus onera sustinet matrimonii ideoque æquum est, ut non solum fructus pendentes, sed etiam percepti extantes inter eum & mulierem dividantur. Similis * autem ratio in nostro casu intuitu venditoris cessat: quin * illa ratio contra eum militat: quòd ante pretii oblationem usus fuerit pretio; bonæ fidei igitur minimè congrueret, eum pretii habere fructum & simul fructus perceptos extantes in re vendita in divisionem petere velle, & sic pretii & rei venditæ fructum percipere. Deinde * sciendum est, emptorem non lucrari hîc fructus tanquam possessorem, sed tanquam dominum; postquam igitur separati sunt à solo fructus isti, non sunt pars amplius fundi retrovendi. Ergò * nec cum fundo restituendi, nec cum venditore dividendi erunt.
- Objicitur * etiam ab Alexandro d. Imol. in l. quæ Romæ ff. d. V. O. l. 2. C. d. pact. inter empt. & vendit. ubi in casu emptionis venditionis

ditionis venditore pretium offerente, emptoris hærede verò non parente, nec illud acceptante, actio præscriptis verbis, vel empti venditi dari rescribitur, etiam eorum habitâ ratione, quæ post oblatam ex pacto quantitatem ex eo fundo ad adversarium pervenerunt. Respondemus * : ante moram ab emptore commissam in restituenda re emptavendita dividendos esse fructus pendentes, post moram verò omnes illos, quos percipit emptor, venditori absq; divisione restituendos: quoniam, * postquam pretium oblatum acceptare recusat emptor & sic moram committit, in mala fide esse incipit; malæ fidei verò possessor omnes fructus restituit. *l. certum est 22. C. d. R. V.* Et de casu moræ commissæ rescribitur *in d. l. 2*

Nec * etiam approbanda videtur Francisci Zoanetti sententia *d. empt. vendit. n. 134. p. m. 463.* sentientis: nullam fructuum divisionem inter emptorem & venditorem hîc faciendam esse; sed emptore reclamante, non alio mense, non aliâ die, non alio denique agri statu, quàm quibus ille eidem emptori olim & antea vendidit & tradidit fundum restituendum. Ut, * si eo anni tempore quo primitus ille vendidit, & extiterint fructus in fundo plenumque sic fructibus agrum emptori tradiderit, identidem is plenis fructibus restituendus sit. Sin * verò lectis fructibus fundum postea vendiderit, nullo jure tum redimere fundum antè decerptos ab emptore fructus possit.

Quæ * sententia, dico, approbanda non videtur, ideò: quòd jurisrationi non convenire satis videatur: tum quod hîc attendi non debeat, an contractus tempore emptori cum fructibus traditus fuerit fundus, an sine fructibus: si enim cum fructibus traditus fuisset, tantò plus eum emere debuisset emptor; sin verò sine fructibus, & venditor eos ante traditionem decerpisset, tanto minùs eum emisset: quoniam & fructus in emendo & vendendo in considerationem venire solent: qui enim vendit fundū cum fructibus, plus vendit eum, quàm si fructibus ante decerptis vendat. Si * igitur, quod verisimile est & probabile, tanto minùs solvit pretium emptor, nullo jure solus fructus pendentes tempore restitutionis lucratur. Sin * verò tanto plus solvit pretium emptor, quòd fundus plenus fructibus venditus & traditus, tum idem pretium recipit: ut utroque casu nihil habeat emptor, de quo conqueri possit. Meritò igitur cum venditore dividit fructus. Quin * di-

32. cendum potius videtur, siue fundum cum fructibus acceperit emptor, siue sine fructibus; eum omnes fructus pendentes cum fundo redempto restituere teneri: nam pretio oblato statim fit dominus venditor. Ergo * fructus pendentes consequitur: cum pars sint fundi; quia igitur totius est dominus, per necessarium consequens etiam partis dominus esse debet: siquidem pars ejusdem naturæ est, cujus & totum est. Et * deinde quando restitutio est facienda hoc intelligitur cum fructibus: *videamus 19. ff. d. usur.* nam restituere verbum fructus complectitur. At * verò restituendus est fundus sub pacto retrovendendi venditus. Ergo cum fructibus restituendus: & quidem talis, qualis tempore restitutionis fuit. Secundum * quæ statuendum potius videretur: emptorem de pendentibus fructibus nihil retinere posse & consequi: in primis verò, quod ante restitutionem impensas culturæ & fructuum gratiâ factas de fructibus deducat. *l. fructus 7. pr. ff. solut. matrim.* Et * ergo cum in bonæ fidei contractibus, ut etiam est emptionis venditionis contractus, adjudicationes ex bono & æquo fieri soleant: æquissimum nos esse censemus, ut inter emptorem & venditorem redimentem fundum, dividantur fructus pendentes. Quam sententiam amplexus est Bartol. in d. l. qui Romæ Raphael. Cumann. in d. l. divortio Tyraquell. d. retract. convent. §. 5. Gloss. 4. n. 1. & mult. seqq. Chassanæ. in consuet. Burgund. des rendes rubric. §. 1. Roland. à Valle consil. 27. vol. 2. Boer. consil. 23. Berous q. 98. Anton. Tessaur. decis. 56. Treutler. p. 2. disput. 28. th. 10. lit. C. in fin. Andr. Fachin. controuv. jur. libr. 2. c. 13.

De
LOCATIONE CON-
ductione.

TITVLVS XXV.

Controversia I.

Merces in locatione conductione in re quavis fungibili consistere potest.

Sum.

Summaria.

Quemadmodum emptio venditio tria habet substantialia; ita etiam locatio conductio. n. 1. 2. 3. & 4.

In emptione venditione pretium in pecunia numerata consistere debet. n. 5.

An idem obtineat in locatione conductione, ratione mercedis controversum est, ubi Autor opinionem suam probat. n. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

Quorundam Interpretum responsio ad l. si olei 21. C. h. f. revellitur. n. 12. 13. 14. 15. & 16.

Obiectio ex pr. h. t. & l. 2. ff. eod. tit. n. 17.

Solutio. n. 18. & 19.

Obiectio ex l. 5. §. 2. ff. d. praescript. verb. n. 20.

Solutio. n. 21. & 22.

Sicut * in emptione venditione tria substantialia intervenire debent, nimirum consensus, merx & pretium; ita etiam in contractu locationis conductionis tria substantialia interveniant, necessum est: consensus * sc. res, vel opera, & merces. Nam * locationem conductionem proximam esse emptioni venditione iisdemq; juris regulis consistere; tradit Justinianus Imperator in pr. h. t. Unde * ut emptio venditio ita contrahitur, si de pretio convenit; sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Hoc * autem certum est, in emptione venditione pretium in pecunia numerata consistere debere. §. item pretium 2. instit. d. empt. vendit. An * verò idem obtineat in locatione conductione, ut pecunia numerata merces esse debeat; de hoc valde inter Dd. controvertitur. Nos * illorum accedimus sententiae, qui sentiunt, mercedem non solum in pecunia numerata, sed etiam in re quavis fungibili consistere posse. In * cujus probationem adducimus l. & hac distinctio 37. circ. fin. ff. locat. ubi respondit Afric. JC. tum etiam conductionem esse, quando fructus mercedis causa praestantur. Idem probat l. si olei 21. C. eod. tit. in qua fructus annuos sub olei certa ponderatione locari, rescribitur. Et * probat l. licet 8. d. t. ubi fundus certis annuis quantitatibus locatus conductus dicitur. Atquin * quantitatis appellatione non solum pecunia numerata, sed etiam quaelibet res fungibilis continetur. Idem * probat hanc sententiam: quòd nulla lex in locatione conductione pro mercede pecuniam numeratam requirat & exigat.

Quamvis * autem ad adductam l. si olei respondeant nonnulli Interpretes, eam de contractu innominato intelligendam esse; tamen ex ipso textu refutantur. Nam * in d. l. si olei de contra-

I.

2. 3.)

4.

5.

6.)

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

ctur

14. Etu bonæ fidei agitur. At * verò contractus innominatus *do ut des*
 15. stricti est juris. § *actionum* 28. *instit. d. act. 2.* In * *d. l. 21.* illa ha-
 16. bentur verba, *si locasti*, quæ contractum locationis conductionis
 probant. Et * *3. d. l. 21.* sub titulo locationis conductionis collo-
 cata est: ut exinde verisimile atque adeò probabile sit: eam de con-
 tractu locationis conductionis loqui.

17. Neque * obstat *d. pr. h. t. & l. 2. ff. eod. tit.* ubi traditur &
 etiam *in pr. h. controuv.* traditum, emptionem venditionem iisdem
 18. juris regulis definiri. Etenim * hoc non absolute accipiendum
 est, sed ita: quòd, sicut in emptione venditione consensus, merx
 & pretium intervenire debeant, & sicut in contractu isto certum es-
 se debeat pretiũ, ita etiam in contractu locationis consensum, rem,
 19. vel factum & mercedem certam intervenire, necesse sit, aliàs * non
 locatio & conductio, sed contractus innominatus celebratus cen-
 seatur.

20. Neque * etiam obstat *l. naturalis filius 5. §. at cum do ff. d. pra-*
script. verb. ubi respondit Paulus JC. quòd, si *do ut facias* & pecunia
 data, locatio sit; sin verò res data, vel contractus innominatus ad in-
 21. teresse, vel ad repetendum condictio. Etenim * sub vocabulo *pe-*
cunia non solum pecunia numerata, sed etiam quælibet res fungi-
 bilis continetur: *l. pecunia verbum 178. & l. pecunia nomine 222. ff. d.*
 22. *V. S.* ut * ideò *in d. l. 5. §. 2.* pecunia de pecunia numerata non
 solum, sed etiam secundum antè adductas leges de re quavis fungi-
 bili accipienda & intelligenda sit. Reliquis, quæ contra moveri &
 opponi solent, diluit & removet Pinellus *ad d. l. 2. p. 2. c. 3. n. 28.*
 & *seqq.* Gomes. *variar. resolut. t. 2. c. 3. n. 3. vers. item quæro.* Cujac.
ad African. ad d. l. 35. ff. locat. Fachin. *libr. 2. controvers. c. 82.* Coras.
libr. 2. miscellan. jur. c. 11. Bocet. *ad l. contractus 23. c. 4. n. 91. ff. d. R. I.*
 Harpp. *ad §. 2. h. t. n. 3. & mult. seqq.* Donell. *libr. 13. comment. jur.*
civil. c. 6. circ. fin. Nicol. Moz. *d. contract. tit. locat.* Vultej. *h. t. n. 19.*
 Menoch. *remed. adipisc. possess. n. 93.* Wessenbec. *in w. ff. h. t. n. 7.*
 Bronchorst. *cent. 2. assert. 66.*

Controversia II.

*In contractu locationis conductionis culpa levis,
 non levissima prestanda est.*

Summaria.

Quando & quæ culpa in contractibus præstanda sit. n. 1. & 2.

In locatione conductione culpa levis præstari debet. n. 3. & 4.

Limitatio. n. 5. 6. & 7.

In locatione conductione casus fortuitus non præstatur. n. 8.

Obiectio ex l. 28. C. h. t. n. 9.

Solutio. n. 10. & 11.

Wesembecii & Bachovii solutio ad §. fin. h. t. improbatur. n. 12. 13. & 14.

Bachovii Autoris solutionem ad l. 25. §. 7. ff. h. t. improbantis sententia revellitur. n. 15. 16. 17. 18. & 19.

Quæ culpa præstari debeat in contractibus, non semel hæc in præcedentibus titulis dictum fuit. In * cujusmodi sanè controversiis l. si ut certo 5. §. 2. ff. commodat. & l. contractus 23. ff. d. R. I. tanquam norma & regula decisionem dare solet: nimirum * si solius dantis utilitas versatur, veluti in deposito, dolus & lata culpa præstari debent: ubi solius accipientis vertitur utilitas, præter dolum, latam & levem etiam levissima culpa præstatur: veluti in commodato: ubi verò utriusque utilitas versatur, præter dolum & latam etiam levis, non tamen levissima culpa præstanda venit: veluti in empto, in locato, in dote, in pignore & in societate: sicut exempla hæc in d. l. 5. & d. l. 23. subjiciuntur. Ex * quibus clarum est, in locatione conductione levem duntaxat, non etiam levissimam culpam præstari: cum * hoc non solum in adductis textibus dicatur, sed etiam ratio juris contractui isti maximè conveniens sit.

Quod * si tamen res naturâ suâ exactissimam diligentiam desideret, etiam levissima culpa in contractu hoc locationis conductionis præstari debet. Veluti, * si quis columnam transportandam conduxerit, & ea, dum tollitur aut portatur, aut reponitur, fracta sit: quo casu ita periculum præstat, si quâ ipsius eorumque quorum operâ uteretur, culpâ acciderit; culpa autem abest, si omnia facta sunt, quæ diligentissimus quisque observaturus fuisset: veluti respondit Gajus J. C. in l. si merces 25. §. qui columnam 7. ff. h. t. Quod * etiam procedit quando conductor pro custodia mercedem accipit. l. qui mercedem 40. & l. seq. l. si quis domum 9. §. Iulianus 2. l. videamus 11. §. 1. eod. tit. §. fin. h. t.

De * casu fortuito verò, sicut aliàs regulariter præstari non solet, d. l. 5. & l. 23. conductor non tenetur. d. l. 9. & 11. §. 1. & l. 28. C. h. t.

Kkkk

Neque

9. Neque * obstat *l. in judicio 28. C. h. t.* ubi rescribitur : in judicio tam locati, quàm conducti, dolum & custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire. Etenim * non ex eo inferendum est; Ergò levissimam culpam præstari : siquidem quæstio ibi fuit de fortuito casu, an is præstari debeat à conductore, quòd negatur : cùm * aliàs constet, argumentum à contrario sensu in legibus Codicis, quæ ad facti species datæ sunt, non procedere.
- 10.
- 11.
12. Non * etiam placet Wesenbecii & Bachovii *ad d. §. fin. h. t.* & *p. 1. disp. 29. th. 6. lit. E.* data solutio, quòd superlativus pro positivo positus sit, *in d. §. fin.* quasi §. iste de levi culpa exaudiendus sit. Nam
13. * expresse loquitur Imperator de casu, quo pro custodia merces vel data vel promissa est : quo casu absque dubio levissima culpa præstanda est : nimirum * quia locator custodiam mercede accepta in se suscepit; æquitati igitur & juris rationi convenit, eum levissimam culpam præstare. Sed * & Bachovius sine sufficienti ratione
14. *ad d. 25. §. 7.* antè datam solutionem rejicit, quasi columna minime res fragilis sit : siquidem * columna, quando tollitur & transportatur, omninò res fragilis est, quod quilibet facile assequi potest.
- 15.
16. Et * dolia sicut & tigna negat quoque res fragiles esse; verùm & tigna, si eximantur & transportentur, ut columnam similiter res esse fragiles, negari non potest : & quod de doliis dicitur, id de fragilibus quoque accipiendum erit : quoniam res istæ æquiparantur invicem
17. *in d. §. 7.* Præstat * igitur hanc potius retinere solutionem, quàm Bachovii, textum istum de casu artificis, qui profitendo operam suam offerat accipientis, sequi : videre * enim non possumus, quale artificium hîc requiratur, non artificium aliquod singulare, sed diligentia in casu proposito propter rei fragilitatem requiritur. Soarez.
18. *in commun. opinion. lit. C. n. 207.* Bocer. *ad d. l. 23. c. 4. n. 9.* Donell. *libr. 13. commentar. c. 6.* Delrio *ad d. l. 23. c. 11.* Schneidevvin. *ad §. fin. h. t.* Vultej. *libr. 1. disceptat. c. 15.* Bronchorst. *cent. 2. assert. 33.* Wesenbec. *in x. ff. h. t. n. 15.*
- 19.

Controversia III.

Conductor domûs de incendio non tenetur, nisi culpâ ejus ortum esse incendium, à locatore probetur.

Summa-

Summaria

Status controversiæ formatur, n. 1. & 2.

Autor Geilii opinionem in hac controversia probat. n. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Obiectio ex l. 3. ff. d. offic. praefect. vigil. n. 9.

Triples adfertur solutio. n. 10. 11. 12. 13. & 14.

Glossæ & Dd. ad d. l. 3. data solutio contra Fachinæum defenditur. n. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.

Geilii solutio contra eundem Fachinæum defenditur. n. 21. cum seqq. usque ad fin.

Conductorem * de dolo, lata, & levi non levissima culpa, multo minus de casu fortuito teneri; in præcedenti controversia ex jure probavimus. Verum * quid de præsentī controversia dicendum erit, quando nimirum incendium subortum est in ædibus conductis, quo illæ combustæ sunt & absumptæ, nec sciri potest, cujus culpâ subortum, ad quem nam spectet illud damnum, an ad locatorem, an verò ad conductorem, quæ certè teste Geilio 2. obs. 21. pr. nodosa & tristis est controversia. Quidquid * verò statuunt alii, nos Geilii sententiam in d. observat. acceptare & sequi minime dubitamus. Nam * incendium ad casus fortuitos in jure nostro referri solet: veluti hoc probatur per l. si ut certo §. §. quod vero ff. commodat. ibi: et si incendio vel ruinâ aliquid contigit vel aliquid quod damnum fatale, non tenebitur, &c. Cui * adstipulatur Gajus JC. in l. in rebus 18. pr. ff. commodat. ibi: ut tantum eos casus non præstet, quibus resisti non potest, veluti mortis servorum, quæ sanè culpâ & dolo ejus accidunt, latronum hostiumq; incursus, piratarum insidias, naufragium, incendium, fugas servorum qui custodiri non solent. &c. Et * consentit Justinianus Imperator in §. 2. instit. quib. mod. re contrah. obligat. ibi: & is quidem, qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit, quod accepit, veluti incendio, ruinâ, naufragio &c. nihilominus obligatio permanet. Atque * tradit Ulpianus in l. contractus 23. ff. d. R. l. ibi: animalium casus, mortes, quæq; sine culpa accidunt, fugas servorum, qui custodiri non solent, rapina, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, tempus prædonum à nullo præstantur. Atquin * conductor casus fortuitos non præstat: l. in judicio 28. C. h. t. cum eos nemo regulariter præstare cogatur: siquidem istos nullum hominum consilium prævidere potest, ut loquitur textus in l. 2. §. si eo tempore C. d. administrat. rer. ad civit. pertinent.

Cui * opinioni objicitur l. nam salutem 3. §. 1. ff. d. offic. praefect.

Kkkk 2

vigil.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10. *vigil.* ubi secundum Paulum J.C. incendia plerunque culpâ inhabitantium fieri dicuntur. Respondemus * *ex l. si vendita 11. ff. d. peric. & commod. rei vendit.* ubi ait Alfenus J.C. quodd, si insula vendita combusta esset, licet incendium sine culpa fieri non possit; tamen sine patrisfamiliâs culpâ fieri possit, neq; si servorû negligentia factum esset, continuo dominus in culpa sit. Ex * quo textu apparet:
11. quodd, licet culpâ inhabitantium incendia plerunque fieri soleant; tamen præsumptio hæc patremfamiliâs non attingat, sed potius servos ejus & qui cum eo habitant, pro quorum delicto paterfamiliâs regulariter non teneatur. 2. * Respondere possumus cum Dd. quodd *d. l. 3.* non de levi, sed de levissima culpa debeat intelligi; in locatione conductione verò levis duntaxat culpa præstari debet, quod in præcedenti controversia probatum fuit. 3. Responderi
12. * potest cum Geilio: *d. l. incendia* quidem culpâ inhabitantium plerunque fieri; non tamen certi & determinati hominis. Proinde *
13. à locatore probari debet, cujus nam hominis in individuo culpâ incendium istud factum sit.
14. Excipit * hîc Fachinæus *libr. 1. c. 87.* contra secundam Dd. responsionem, pro qua Glossa allegatur *in §. prætereà* eam absq; textu procedere, ideoque *d. l. 3.* non de levissima, sed levi culpa accipiendam esse. Verum * nec ipse Fachinæus probare potest ex opposito textu: quodd de levi loquatur culpa. Quamvis * enim incendium culpâ inhabitantium plerunq; fieri dicat textus; tamen hoc pro natura actionis, quæ pro incendio intentatur, intelligendû est, quæ regulariter est L. Aquiliæ actio, in qua levissima culpa præstanda venit. *l. 44. ff. ad L. Aquil.* Neque * enim *in d. l. 3.* de conductore quidquam dicitur; malè igitur ad eum extenditur: cum * in odiosis & pœnalibus extensiones difficulter admitti soleant: secundum *c. odia d. R. I. in. 6.*
15. Non * meliùs etiam ad Geilii responsionem excipit Fachinæus *d. l.* quodd, licet incendium sine culpa patrisfamiliâs fieri possit; non tamen rectè inferatur, culpam in eo non præsumi. Etenim * imò
16. maximè exinde infertur, culpam in patrefamiliâs minimè præsumi:
17. si * enim sine culpa patrisfamiliâs fieri potest incendium, & res contrà se habere potest, ut alii sint in culpa, quomodò paterfamiliâs in culpa esse & sic condemnari poterit: super * incerto nam q; & in incertis nulla condemnatoria sententia sequi potest, præsertim verò *in.*

rò in odiosis & delictis; sed probationes claræ & perfectæ adesse debent, ut iudex reum condemnare possit. Proinde * licet locator præsumptionem habeat contra inhabitantes, non tamen sufficit generalem istam præsumptionem allegare & producere, sed alia insuper probare necesse habet locator, ut reus condemnari possit, & damnum ex incendio illatum ei emendare debeat. Ut * adeò sapienter ad *d. l. 3.* adhibitâ isthâc distinctione Geilius *d. l.* responderit. Quamvis * igitur aliâs is, qui præsumptione gravatus est, contrarium probare necesse habeat; tamen hoc non semper verum est, in primis verò tum, ubi præsumptio ista non est certi & determinati hominis; ideoque * locator actionem suam, ut juris est, liquidò docere debet. Quod * si etiam culpa certæ personæ ex familiaribus, quibus utitur dominus, probata fuerit; tamen si extra culpam est, pro eo non tenetur dominus: nisi ut, si servus fuerit, eum noxæ dare debeat; sin * verò liber, ipse teneatur: nisi in hoc domino culpa aliqua imputari possit, quod malorum hominum operâ usus fuerit, vel etiam aliis ex causis cum familiaribus suis in culpa esset, quod * locator probare necesse habet. Quam sententiam defendunt quoque Bartolom. Capoll. *consil. 70. n. 4. versic. sed quand. ort. est incendium* Jason. in *l. si quis ex argentariis §. Prætor ait ff. edend.* Petr. d. Anchoran. *consil. 348.* Joseph. Mascard. *d. probat. conclus. 894. per tot.* Prosp. Farinac. in *tract. crimin. part. 3. q. 110. per tot.* Mynsing. *cent. 6. observat. 88.* Wurmser. *tit. 47. observat. 20.* Petr. Costal. *ad d. l. 3.* Dan. Moller. *semestr. libr. 4. c. 31.* Hunn. *variæ. resolut. libr. 3. tract. 7. q. 7.*

Controversia IV.

Contractus emphyteuticus est juris Gentium.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Obiectio. n. 6.

Solutio. n. 7.

Contractum * Emphyteuticum ante Zenonis Imperatoris constitutionem in *l. 1. C. d. jur. emphyteut.* in usu fuisse, inter omnes constat. Quod * indicat Justinianus Imperator in *§. adeò autem 3. b. t.* ubi ait: tantam familiaritatem inter se videri habere emptio-

Kkkk 3

busdam.

- busdam causis quæri soleat, utrum emptio venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut de prædiis, quæ perpetuò quibusdam fruenda traduntur. Quam * dubietatem sustulit ibi Justinianus & ante eum Zeno Imperator in d. l. 1. ita, ut contractus hujus propria natura & forma esse debeat. Quod * etiam essentialia contractus hujus emphyteutici ante Zenonis constitutionem fuerint; apparet ex l. cum fundus 3. ff. h. t. Et * ergò Zeno contractui huic aliam formam non indidit, sed eam quæ antè fuit, & quam antè habuit, expressit solùm & determinavit. Quamvis * verò & non nihil addiderit Zeno; tamen id de accidentalibus solùm est contractus hujus, non de essentialibus. Proinde * à potentiori & pluri, quod habet hic contractus à jure Gentium, denominari & sic juris Gentium dici debet. Bachov. p. 2. disput. 29. th. 9. lit. B. & ad d. §. adeò autem 3. verb. Lex Zenoniana. p. 509. & seq. & ibi Harpprecht. n. 17. & seqq.

Controversia V.

Contractus Emphyteuticus est bona fidei contractus.

Summaria.

Bonæ fidei actiones referuntur. n. 1.

Plures bonæ fidei actiones præter in §. 28. instit. d. act. non dantur. n. 2. & 3.

Obiectio Emphyteuticum contractum bonæ fidei non esse. n. 4.

Solutio. n. 5. 6. & 7.

1. Justinianus * Imperator in §. actionum 28. instit. d. act. dividit actiones: quòd quædam bonæ fidei sint, quædam stricti juris. Bonæ fidei autem dicit Imperator has esse: ex empto & vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelæ, commodati, pignoratitia, familiæ erciscundæ, communi dividundo, præscriptis verbis, quæ de æstimato proponitur, & ea quæ ex permutatione competit, sicut & hæreditatis petitio. In * quo sanè §. Justinianus omnes bonæ fidei actiones recenset: ut * comunissimè à Dd. eò conclusum sit, præter enumeratas in d. §. 28. nullas alias dari bonæ fidei actiones. Unde * statuendum videtur: contractum emphyteuticum bonæ fidei non esse: quoniam sc. Imperator in d. §. 28. verbis taxativis utitur, dum dicit: *bonæ fidei sunt hæc*. Verùm * respondendum: quòd quidem nullæ aliæ dantur in d. §. 28.
- 2.
- 3.
- 4.
- 5.

in d. §. 28. bonæ fidei actiones præter ibi enumeratas; sed tamen non excludi istas actiones, quæ omninò non diversæ sunt ab illis *in d. §.* enumeratis, sed qualitatibus tantùm & adjectionibus à bonæ fidei actionibus differunt. Jam * verò constat, olim non solùm dubitatum fuisse, an emphyteusis locatio conductio, an verò emptio venditio fuerit; sed etiamnum hodie non omninò eam à locatone diversam, sed quasi speciem ejus esse: licet * aliàs ab ea specificè distincta sit, siquidem locatio conductio ut genus & species considerari potest.

Controversia VI.

In contractu Emphyteutico scriptura intervenire debet.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. & 3.

Bachovii, contrariam defendentis sententiam, objectio. n. 4.

Solutio. n. 5. 6. & 7.

Sententia nostra communis est. n. 8.

Contraria sententia de consuetudine obtinet. n. 9.

Scripturam * in contractu Emphyteutico necessariam esse, colligitur ex *l. 1. C. d. jur. emphyteut.* ubi constituit Zeno Imperator: ut contractus hic propriam & separatam naturam non solùm habere debeat; sed etiam justus & validus sit contractus, in quo cuncta quæ inter utramq; contrahentium partem super omnib; vel etiam fortuitis casibus, pactionibus, *scripturâ interveniente* habitis placuerint; firma illabataq; perpetuâ stabilitate modis omnibus debeant custodiri. In * quo textu observandum est: quòd tum demum contractus iste firmitatem suam habere debeat, si scriptura inter-
venerit: nam habentur ibi ista verba, *scripturâ interveniente*, qui duo ablativi absolutè positi conditionem omninò important: veluti hoc notatur ex *l. à testatore. 109. ff. d. condit. & demonstrat.* Et * hoc rationem quoque habet: quòd in contractu hoc res perpetuò locari soleat. Proinde scripturâ omninò opus videtur: ut contractus hic ob temporis diuturnitatem probari possit.

Neque * movet, quòd Bachovius *p. 2. disput. 29. th. 9. lit. D.* hîc excipit: inanem hanc esse verborum captationem. Etenim * verba legis semper sunt attendenda, nisi aliam mentem fuisse legis aliunde

6. aliunde appareat; aliunde * verò non constat, aliam esse mentem
7. legis, quàm prout verba ejus sonant: proinde * verbis legis inhæ-
rendum, ex quibus deinde mens ejus dijudicanda erit.

1. Quæ * est communis Dd. opinio, teste Julio Claro *recept. sentent. §. Emphyteusis q. 4.* ubi quam plurimos adducit. Bald. Salycet. & Sichard. *ad d. l. 1. Fachinæ. controvers. jur. libr. 1. c. 84.* Bocer. *ad l. contractus 23. ff. d. R. I.* Donell. *9. comment. jur. civil. c. 13.* Bronch. *cent. 1. assert. 78.* Cacheran. *decis. Pedemont. 53. n. 1.* Matth. *d. Afflict. decis. 72. n. 7.* Roland. *à Valle consil. 87. n. 9 vol. 1.* Alvarot. *Valasc. d. jur. emphyteut. q. 7. n. 2.* Cravett *consil. 112. n. 8.* Hunn. *variar. resolut. libr. 5. tract. 7. p. 2. q. 11.* Treutl. *d. l.*

2. Cæterum * de consuetudine aliud obtinere, secundum quam in contractu emphyteutico scripturam necessariam non esse; testatur Jul. Clar. *d. q. 4.*

Controversia VII.

Dominus directus Emphyteutam, Canonem non solventem propriâ autoritate expellere nequit.

Summaria.

Status controversiæ. *n. 1.*

Negativa sententia probatur. *n. 2. 3. 4. 5. & 6.*

Obiectio ex *l. 3. C. h. t. n. 7. & 8.*

Solutio. *n. 9. & 10.*

Opinio nostra communis est. *n. 11.*

Contraria opinio magis est communis. *n. 12.*

Julii Clari sententia, illam communem & hanc magis communem distinguendo conciliantis. *n. 13.*

2. **A**Rdua * quidem est hæc controversia, sed tamen non ita difficilis, An Dominus directus Emphyteutam, Canonem non solventem, sententiâ super caducitate latâ, propriâ autoritate expellere possit? quod rectius negatur. Nemo enim sibi ipsi jus dicere debet: ad hoc namque judiciorum ordo constitutus est, ne quis sibi ipsi jus dicat. *l. extat Decretum 13. ff. quod met. caus. l. nullus 14. C. d. judæ. l. si quis in tantam 7. C. unde vi.* Facit * etiam pro hac sententia *l. creditores 3. C. d. pignor.* ubi rescribitur: quod creditores, qui non redditâ sibi pecuniâ, conventionis legem ingressi possessionem exercent,

cent, vim quidem facere non videantur; attamen autoritate Præ-
 fidis possessionem adipisci debeant. Si * igitur creditores ne
 ex conventionis quidem lege cum debitore inita possessionem re-
 rum debitoris propriâ autoritate occupare possunt, nec Dominus
 directus emphyteusin propriâ autoritate occupare potest, & sic
 emphyteutam expellere. Item * facit hûc: quod soluto matrimo-
 nio dos ad mulierem revertatur & mulier eam vindicare possit; *l.*
in rebus C. d. jur. dot. & tamen propriâ autoritate facere id non pos-
 sit. *l. dotis C. solut. matrimon.* Et * facit: quod contrariâ sententiâ ad-
 missâ ad rixas & arma facilè deveniri posset: quod evitari, maximè
 interest Reipublicæ.

Non * obstat *l. ade 3. C. h. t.* ubi rescribit Antoninus Imperator:
 conductorem, si pensionem in solidum solverit domino, æde con-
 ductâ expelli non posse. Ex * quo à contrario sequitur, quod, si pen-
 sionem non solverit conductor, is expelli possit. Etenim * expel-
 lere quidem potest dominus emphyteutam, canonem non solven-
 tem; sed tamen legitimo modo, nimirum Magistratus autori-
 tate: aliter * namque *in d. l. de ædium conductore* rescriptum non
 esse, juris autoritas evincit.

Cæterum * hanc opinionem quidem communem esse, asserit
 Clarus *in §. emphyteusis q. 11* sed tamen subjicit ibidem, contrariam
 sententiam, quæ est Glossæ *in l. 2. C. d. jur. emphyteut.* magis esse com-
 munem; interim * tamen hanc nostram tanquam æquiores &
 tutiorem sequendam, cum * hac scil. distinctione, an emphyteuta
 verbis, an verò factis resistat, ut hoc casu hæc nostra obtineat opinio;
 illo verò Glossæ sententia sequenda sit. Eandemq; opinionem nostram
 defendit Alberic. *d. Rosat. in d. l. 2. ibidem q. 2.* Jason. *Fachin. contr. jur.*
lib. 1. c. 95. Bachov. *p. 2. disp. 29. th. 12. lit. B. p. 1137.* Harpp. *ad §. 3. h. t. n. 56.*
 & seqq. Menoch. *remed. 1. recuper. possess. n. 78. & 79.* Bronchorst.
cent. 1. assert. 53. Hunn. *vaxiar. resolut. libr. 3. tract. 7. p. 2. q. 3.*

Controversia VIII.

Emphyteusis sine consensu Domini do- nari non potest.

Summaria.

Re emphyteuticariâ sine consensu domini alienatâ emphyteuta cadit jure
 suo. *n. 1. & 2.*

Status controversiæ. n. 3. 4. & 5.

Autor defendit opinionem suam. n. 6. 7. 8. & 9.

Bachovii contrariam defendentis sententiam argumentum. n. 10.

Solutio. n. 11. 12. & 13.

Contraria opinio magis communis est & practica. n. 14.

1. DE * hoc nullum dubium est, rem in emphyteusin datam ab
2. Emphyteuta sine consensu domini directi vendi non posse :
cùm * hoc in *l. fin. C. d. jur. emphyteut.* per expressum prohibitum sit, ut
si sine consensu domini alienata fuerit, emphyteuta cadat jure suo
& res emphyteuticaria ad dominum devolvatur. *d. l. fin. Jul. Clar. recept. sentent. in d. §. emphyteusis q. 13. per tot.* ubi ampliationes hujus
3. & limitationes tradit. Verùm * an emphyteuta sine consensu do-
mini rem emphyteuticariam legare, vel donare possit, difficilis est
4. disquisitionis: ideò * in primis, quòd æquitas omninò suadeat, &
5. hîc domini directi consensum requirendum esse; communis * ve-
rò Dd. opinio in contrarium pugnet: eum hoc in casu requirendum
non esse, à qua difficulter in consulendo & judicando recedi potest.
6. Et * sanè nos, quoniam æquitas hîc subest, & ratio legis militat,
haud veremur, negativam controversiæ hujus sententiam defende-
7. re. Nam * in *d. l. fin. C. d. jur. emphyteut.* hæc habentur verba: *mi-
nimè licere emphyteuta sine consensu domini meliorationes suas aliis ven-
8. dere, vel jus emphyteuticum transferre.* Quibus * verbis Justinianus
Imperator non solum vendere prohibet rem emphyteuticariam, sed
etiam transferre vel alienare: adeoque generaliter eam alienare pro-
hibet, ut ideò *d. l. fin.* ad emptionem venditionem restringi nec pos-
9. sit, nec debeat. Quòd * evidentem rationem habet: non solum enim
ideò requirendus est consensus Domini, ut rem emphyteuticariam
redimere possit, sed etiam ut scire possit, qualem colonum habi-
turus sit: in quo interesse domini maximè versatur.
10. Objicit * hîc Bachovius *p. 2. disput. 29. th. 12. lit. E. verb. ne
quidem permutando vel donando pr. d. l. fin.* esse quidem generale; sed
tamen versic. *sed ne hoc d. l. 3.* esse specialem & ad contractum vendi-
11. tionis tantum pertinere. Verùm * licet Imperator in *d. versic.* spe-
ciatim agat de venditione emphyteuseos; tamen ex *versic.* isto planè
non apparet, eum *d. versic.* præcedentia generalia verba restringere
12. voluisse. Et * ideò absque dubio speciatim agit Justinianus de ven-
ditione, quòd emphyteusis ut plurimum vendi, rarissimè donari
soleat:

soleat: ut * adeò, exempli loco ea de venditione *in d. versic.* protulisse Imperatorem, dubitandum non sit.

Cæterum * contraria opinio tanquam communior procul dubio in Praxi obtinebit: monente hoc Julio Claro *d. l. circ. fin.* ubi ait: & certè valde æqua est illa opinio, quòd teneatur emphyteuta volens donare, vel legare jus suum requirere consensum domini, & volente domino illud adquirere pretio extimando, quòd ipse præferatur donatario, vel legatario, quam ego aliquando sustinui in Circulis. Tamen propter auctoritatem tenentium contrarium, fortè durum esset, in Practica contra eos obtinere Add. Bartol. in *l. si domus §. fin. ff. d. legat.* Angel. in *d. l. fin. C. d. jur. emphyteut.* Sichard. *d. l. 2. C. d. t. n. 16. & seqq.* Donell. *comment. jur. civil. c. 14.* Treutler. *d. l. Hunn. variar resolut. libr. 3. tract. 7. p. 2. c. 12.*

Controversia IX.

Emphyteuta, Canonem non solvens, non ipso jure cadit jure suo, sed judicis sententiâ opus est.

Summaria

Emphyteuta cessans canonem solvere privatur Iure suo, ubi ratione temporis distinguitur. n. 1.

Autor opinionem suam probat. n. 2. usq. ad n. 13. inclus.

Fachinæi, contrariam defendentis sententiam, argumentum primum. n. 14. & 15.

Solutio. n. 16.

Secundum Fachinæi argumentum. n. 17.

Solutio. n. 18.

Tertium Fachinæi argumentum. n. 19. & 20.

Solutio. n. 21. 22. & 23.

Contraria sententia communis, nec ab ea in judicando recedendum esse dicitur; nostra sententia in puncto juris verior est. n. 24.

EMphyteuta * cessans Canonē solvere, si emphyteusis est civilis, intra triennium jus suum amittit; sin verò Ecclesiastica est, intra biennium jure suo cadit. *l. 2. C. d. jur. emphyteut. c. potuit x. d. locat.* Jul. Clar. *recept. sentent. §. emphyteusis q. 8.* ubi hoc per ampliaciones & limitationes deducit. Illud * verò controvertitur hîc, An Emphyteuta ipso jure in casu hoc caducitatis amittat jus suum, an verò sententia judicis necessaria sit? Nos * judicis sententiam ne-

4. cessariam esse, judicamus. Quæ * sententia probatur per *d. l. 2.* ubi rescribitur: Emphyteutam tum jure suo cadere, si directus dominus voluerit. Ergo * ipso jure non cadit jure suo emphyteuta:
5. nam * si ipso jure caderet, voluntas directi domini expectanda non
6. esset. Et * probatur eadem sententia: quod in casu dubio & con-
7. troverso judicis sententiâ omninò opus sit, an perdiderit jus suum emphyteuta, an non: neq; enim directus dominus in propria cau-
8. sa Judex esse poterit. Unde * contrariâ admisâ sententiâ emphyteuta possessione suâ & utili dominio facilè privari posset, etiam si bonam foveret causam, si directo domino non solum hoc, sed etiam illud concesserimus, ut emphyteutam, Canonem non
9. solventem, propriâ autoritate expellere posset. Porro * probatur sententia nostra: quod nec vassallus in casu Feloniæ commissæ, vel caducitatis ipso jure privetur feudo, sed judicis sententia necessaria sit, *c. 1. d. feud. sine culp. non amitt. c. 1. §. sancimus quo temp. mil. investit. petere possit.* Atquin * feudum magnam cum emphyteusi
10. affinitatem habet. Ergo * dispositum in feudo in emphyteusi quoque dispositum censetur, nisi in aliquo casu diversitatis ratio
11. assignari possit, quod hîc non potest. Sed * & probatur sententia hæc nostra: quod compensatio quoque ipso jure fieri dicatur; *l. ult. C. d. compensat. & nihilominus tamen judicis sententia necessaria sit: l. quod in diem §. 1. ff. d. compensat. l. si autem §. ult. ff. d. negot. gest.*
12. Ergo * idem quoque de emphyteusi statuendum erit.
13. Neque * quidquam obstant argumenta, in contrarium ab Andrea Fachinæo *controv. jur. lib. 1. c. 93.* relata & opposita. 1. Argumentum * est: si licet domino emphyteutam, per triennium Canonem solvere cessantem, expellere, nec judicis sententia necessaria est; Ergo sequitur, quod ipso jure cadat jure suo emphyteuta,
14. nec judicis sententia necessaria sit. Respondemus: * licet in *d. l. 2. C. d. jure emphyteut.* dominus emphyteutam canonem non solventem expellere possit; tamen hoc non ita intelligendum est, nec etiam ex *d. l. 2.* sequitur: quod hoc propriâ facere possit autoritate, sed legitimo modo, nimirum judicis autoritate, quæ in dubio nunquam exclusâ censetur: de quo in præcedenti controversia egimus.
15. 2. Fachinæi * argumentum est: quia *d. l. 2.* illis verbis utatur, *cadat omninò*: verbum *omninò* autem sit præcisum & ipso jure significet,
16. 17.

gnificet. Respondetur: * etiam si præcisum esset verbum istud *omni-*
nò, tamen eo iudicis sententiam non excludi; adeoque argumenti
huius consequentiam negandam esse.

3. Fachinæi * argumentum est desumptum ex *l. lex vectigali 31. ff. d. pignor.* ubi, dum loquitur textus de sententia iudicis super ejus-
modi privatione, dicat pronunciationem fieri declaratoriam pri-
vationis. Quod, * si verò non ipso jure induceretur privatio, tunc
per sententiam inducenda esset. Respondemus: * dici quidem in
d. l. 31. quòd, si vectigali non soluto jure suo dominus usus esset et-
jam pignoris jus evanuerit, & sic antè emphyteuta jure suo
ceciderit; non tamen cum effectu, sed demum accedente iudicis
sententiâ effectivè eo privatus fuerit: nam * directus dominus ca-
ducitatis jus remittere potest, vel etiam ejusmodi causas allegare
potest emphyteuta, ut iis moram suam purgare possit. Et * ergò
textus iste ex *d. l. 31.* in contrarium allegatus & productus con-
firmat potius sententiam nostram, quàm infirmat: siquidem
præsupponit, pronunciatum fuisse super istâ emphyteuseos pri-
vatione. Marc. Anton. Natt. *consil. 83. n. 4.* Speculat. *tit. d. emphy-*
teus. q. 41. Ludovic. Roman. *consil. 212.* Paul. *d. Castr. consil. 68. vol.*
2. Tyraquell. *ad l. si unquam C. d. revocand. donat. verb. revertatur.*
n. 187. Geil. *2. observ. 51. n. 7.* Mynsing *cent. 3. observ. 65. n. 1. & 2.*
cent. 6. observ. 77. n. 1. & 2. Berlich. *practicabil. conclus. 45. n. 5. p. 2.*
Tusch. *practicab. conclus. lit. E. conclus. 190. & 192. n. 7. & 8.* Alexand.
Trentacinq. *variar. resolut. tit. d. jur. emphyteut. resolut. 4. n. 2. libr.*
3. Bronch. *ἐναντιοφάν. cent. 1. assert. 53.* Matth. Stephan. *cent. 3. q. 83.*
ad lit. B.

Cæterum * contrariam opinionem non solùm communem
esse, sed etiam de consuetudine obtinere; ideoq; eam in Praxi sequen-
dam; tradit Julius Clarus *d. §. emphyteusis. q. 9. circ. fin.*

Controversia X.

Emphyteutâ cessante in Canonis solutione & Do-
mino voluntatis suæ declarationem diffe-
rente, fructus Emphyteuseos interim per-
cepti ad Emphyteutam pertinere debent.

Summaria.

Status controversiæ formatur. n. 1.

Affirmativa ejus sententia stabilitur. n. 2. 3. 5. & 6.

Fachinæus sibi contradicere videtur. n. 4.

Objectio. n. 7.

Solutio. n. 8. & 9.

Objectio ex l. 1. C. d. his quibus ut indign. aufert. n. 10.

Solutio. n. 11.

Objectio. ex l. 78. ff. d. V. O. n. 12.

Triplex solutio. n. 13. 14. 15. 16. & 17.

Opinio nostra, tanquam sanior & æquior in Camera Imperiali & Rota Bononiensi practicatur. n. 18. & 19.

1. **V**enit * etiam hoc in controversiam, An Emphyteuta, Canonem per tempus legibus definitum solvere cessans, fructus interim quos percipit lucretur, antequam dominus voluntatem suam declaraverit, vel causa in judicium deducta fuerit? In * qua controversia nos affirmativè respondendum esse censemus: idq; per solidam hanc rationem: quòd, antequam Dominus directus voluntatem suam declaraverit, & antequam causa in judicium deducta fuerit, Emphyteuta dominus utilis sit adhuc rei emphyteuticæ.
2. Etenim * non ipso jure amittit utile dominium emphyteuta, sed si dominus voluerit: quod dicitur in d. l. 2. C. d. jur. emphyteut. ibi: *volenti ei, licere eum à prædiis emphyteuticariis repellere &c.* & hoc ipsum in præcedenti controversia Fachinæi contrariâ sententiâ refutatâ probatum fuit: qui * ibi & in hac controversia d. l. lib. 1. c. 94. sibi contradicere videtur: dum affirmavit *controvers. 93.* emphyteutam Canonem non solventem ipso jure dominio suo cadere, in sequenti capite verò 94. asserit: quòd, antequam dominus declaret se velle, emphyteuta non sit privatus jure suo, sed dominium rei retineat. Ergò fructus ad eum spectant.
3. Quæ * vera est Fachinæi in hac controversia sententia: nam fructus absque ullo dubio ad dominum utilem pertinent. l. & ex diverso 35. §. 1. ff. d. R. V. Cùm * igitur ante voluntatis declarationem, à domino directo factam, dominus sit adhuc emphyteuta; fructus suos absque dubio faciet.
4. Neque * adversatur, quod ab Adversariis objicitur: Emphyteutam Canonem non solventem malæ fidei esse possessorem; qui omnes fructus restituere teneatur. l. certum est 22. C. d. R. V. cum simul. Etenim * tam diu bonæ fidei est possessor emphyteuta, quam
5. diu

diu Dominus direct^o voluntatem suam non declaraverit, quòd velit uti jure suo: nam dominus jus suum remittere posset, & posset etiam emphyteuta justam causam habere non solvendi canonem; cum * igitur hoc ab eventu voluntatis domini principaliter & à justitia causæ dependeat: emphyteuta non potest esse malæ fidei possessor, antequam domini directi voluntatis declaratio secuta, vel causa in judicium deducta fuerit.

Non * adversatur etiam *l. 1. C. d. his quib. ut indign. aufert.* ubi hæredes, qui necem defuncti ulcisci intermiserunt, fructus integros fisco restituere debere, rescribitur. Etenim * hæreditas *in d. l. 1.* hæredib^o tanquã indignis statim ablata fuit & Fisco vindicata, quod in præsentī casu non est: in quo conditio *si voluerit dominus* sequi prius debet, quàm emphyteuta jure suo privetur.

Porro * non contrariatur *l. si filiusfamiliās 78. ff. d. V. O.* ubi conditio retrahī dicitur. Respondetur * namque non semper verum hoc esse: in contractibus quidem hoc obtinet, in quibus contractus tempus inspicitur, sicuti hoc *in d. l. 78.* additur, non verò in odiosis & delictis: juxta *c. odia d. R. I. in 6.* Odiosum * verò est, emphyteutam privari jure suo; Ergò *d. l. 87.* applicari hūc non potest. Deinde * responderi potest: diversam esse rationem conditionis à lege expressæ & à lege tacitè subintellectæ: illa suspendit dispositionis effectū, ita ut locum habere non possit, antequam purificetur; hæc verò dispositionem non suspendit. Sed * & responderi hūc potest: tum demum id, quod de conditione retrahenda dicitur, locum habere, quando à casu dependet conditio; secus verò est, quando à contrahentium voluntate. *l. potior ff. qui pot. in pignor.* At * verò conditio hæc *si voluerit* à voluntate domini directi dependet.

Quam * opinionem, tanquam saniozem & æquitati magis consentaneam, in Camera Imperiali post multam disceptationem obtinuisse; refert Mynsinger *cent. 1. observ. 83.* eamque * Dominos Rotæ Bononiensis in judicando secutos esse, testatur Petr. Benintenf. *decis. 37.* Eandemque defendunt Aurel. Corbul. *d. jur. emphyteut. c. 15. ampliāt. 38.* Harpprecht. *ad d. §. 3. h. t. n. 562. & seqq.*

Treutler. *p. 2. disput. 29. th. 12. lit. B. ibiq.* Bachov. & Hunn.

* *

Contro-

Controverfia XI.

In locatione conductione propter anni sterilitatem mercedis, non verò in Emphyteusi Canonis remissio fieri debet.

Summaria.

Ad quem interitus rei Emphyteuticariæ pertineat. n. 1.

Status controversiæ. n. 2.

In locatione conductione colonus propter anni sterilitatem mercedis remissionem impetrare potest. n. 3. & 4.

Obiectio. n. 5.

Solutio. n. 6.

Quæ sententia limitatur. n. 7. usq. ad n. 14. inclus.

Emphyteuta propter insignem anni sterilitatem canonis remissionem non impetrat. n. 15. 16. & 17.

Obiectio n. 18.

Solutio. n. 19. & 20.

Quæ sententia limitatur. n. 21. 22. 23. & 24.

1. **D**E * interitu & damno rei Emphyteuticariæ constituit Zeno Imperator in l. 1. C. d. jur. emphyteut. & Justinianus in d. §. 3. h. t. ut, si pactum aliquid sit inter contrahentes de periculo rei, illud servandū sit, sin verò tale quid pactum non sit; tum totius rei interitus ad Dominū super hoc redundare periculum, particularis verò interitus ad emphyteuticarium damnum venire debeat. Vid. Alvar. Valasc. d. jur. emphyteut. c. 27. n. 1. Quid * verò observari debeat, si anni sterilitas contigerit, an damnum illud solus colonus, vel emphyteuta sustineat: ita ut nulla Canonis remissio ei faciēda sit; de eo Dd. inter se controvertunt. Et * sanè quod ad locationem conductionem attinet, certum videtur, propter anni sterilitatem pensionem remitti: quod probat textus apertus in l. si merces 25. §. vii major 6. ff. h. t. ubi respondit Paulus J. C. vim majorem sive Divinam non debere conductori damnosam esse, si plus quàm tolerabile est læsi fuerint fructus; alioquin modicum damnum æquo animo ferre debere colonum, cui immodicum lucrum non auferatur.
- 2.
- 3.

4. Cui * textui suffragatur textus in l. ex conducto 5. §. 1. d. t. in l. licet 8. C. eod. tit. & in c. propter sterilitatem x. eod. tit. Neque obstat illa ratio: quòd in emptione venditione periculum & damnum

rei

rei emptæ venditæ ad emptorem pertineat; *l. fin. C. d. pericul. & commod. rei vendit. cum similib.* Ergo * eodem modo dicendum videatur, & in contractu locationis conductionis damnum ad conductorem pertinere debere: cum uterque contractus affinitatem inter se habeat iisdemq; juris regulis contineri dicatur: *in l. 1. ff. locat.* in eo autem imprimis conveniat, quod uterque sit bonæ fidei contractus. §. *actionum 28. instit. d. act.* Etenim * respondetur: quod, licet aliàs contractus emptionis venditionis, item locationis conductionis affinitatem inter se habeant iisdemq; juris regulis contineantur; tamen differant inter se, præcipuè autem in eo: quod in emptione venditione dominium rei emptæ venditæ in emptorem transeat; §. *vendita 41. instit. d. R. D.* in conductorem verò dominium non transeat: ideoque periculum rei ad emptorem, non verò ad conductorem meritò spectare debet. Anton. Gomez. *variar. resolut. r. 2. c. 3. n. 18.* ubi multos allegat. Alvar. Valasc. *d. jur. emphyteut. d. c. 27. n. 23. & mult. seqq.*

Quam * tamen sententiam limitat Valascus *d. l.* ut locum non habeat: 1. si calamitas consueta sit in locis istis, in quibus contigit: 2. * si casui fortuito renunciârit colonus, exceptis casibus insolitis: 3. * si culpâ coloni sterilitas ista contigerit, ut quia malè & intempestivè fundum coluit colonus: 4. * quando sterilitas ex vitio fructuum contigerit, ut si verbi causâ vinum acidum fieret: 5. * limitat Valascus, nisi sterilitas cum ubertate præcedentis, vel subsequæntis anni compensari possit: 6. * quando in locatione promissa esset pensio per stipulationem, quo casu conductor maneat debitor generis, qui ex casu fortuito non liberetur: 7. * quando sterilitas contingeret ex causa quæ adfuit & tempore contractus prævideri potuit: 8. * limitatur à Valasco, ubi sterilitas contingeret in fructibus jam collectis & à solo separatis, quæ calamitas ad ipsum conductorem pertineat, qui propterea remissionem mercedis petere non possit.

Quod * pertinet verò ad Emphyteutam, in eo sanè diversum jus obtinet, qui propter calamitatem ejusmodi & insignem etiam sterilitatem Canonis remissionem non impetrat: Nam * totalis rei interitus ad dominum spectat, particularis verò ad Emphyteutam. *d. l. 1. & §. 3.* Insignis * verò sterilitas non totalis, sed particularis est rei interitus, quod negari non potest: siquidem fructus pars

sunt rei emphyteuticarum, & sterilitas ista aliis annis compensari potest.

18. Neque* obstat id quod antè de locatione conductione diximus: siquidem diversa est ratio inter locationem conductionem & emphyteusim: nam * pensio in illa principaliter datur propter usum rei & mercedis loco; in hac verò canon in recognitionem domini solùm solvitur. Merito* igitur in emphyteusi sterilitas non attenditur, quæ cum dominio nihil commune habet.

21. Quæ* est communis & recepta Dd. opinio. Gloss. in d. c. potuit x. d. locat. in verb. expelli potuissent. ibidemq; Dd. communiter Jul. Clar. recept. sentent. §. emphyteusis q. 8. n. 6. Valasc. d. q. 27. Frideric. Martin. in tract. d. cens. c. 6. n. 304. Harppr. ad d. §. 3. n. 379. Hunn. in resolut. ad Treutl. p. 2. disput. 29. th. 7. lit. F. q. 25.

22. Verum* & hæc opinio à Julio Claro recept. sentent. §. emphyteus. d. q. 8. n. 7. rectè limitatur in casu, quo Canon corresponderet fructibus: tunc enim emphyteusis locationi ferè in omnibus æquiparari solet, & canon non solùm in recognitionem domini; sed etiam pro usu rei instar simplicis coloni, solvitur: quo* sanè casu jus & naturalis ratio diceret, ut, si sterilitas contingat, Canon remitti debeat. Quam limitationem comprobant Gloss. in auth. perpetua verbo sextam C. d. SS. Eccles. Bartol. in l. 1. §. quod autem ff. d. superficie Cagnol. in l. 2. C. d. rescind. empt. vendit. pluresque alii à Valasco d. q. 27. n. 11. allegati: qui* licet ibi dicat, contrariam sententiam de jure veriore esse; tamen ibi subjicit, secundum hanc limitationem sæpius judicatum se vidisse, proinde ab ea recedendum non esse. Add. Alexand. d. Imola consil. 112. n. 3. vol. 1. Geil. 2. observ. 23. n. 24. Cald. recept. sentent. 10. n. 8. & seq. Aurel. Corbul. d. jur. emphyteut. c. 15. ampliatur. 12. Martin. Benckendorf. in tractat. Seraphin. d. Seraphin. in addit. privil. 84. n. 14. Bachov. p. 1. disp. 29. thes. 7. lit. F.

25. Eademque* limitatio tum maximè procedit, si pluribus annis sterilitas ista continuaretur: ubi æquissimum esset, Canonem sive pensionem remitti: contra* quàm sentiunt Dn. Zorer in sententiam Münsbedencen / n. 159. cum seqq. & n. 708. & Autor Anonymus de vero patrocinio pauper. qui nuper prodiit. Non* enim in casibus hisce singularibus & insolitis jus strictum rigidè sequi, sed æquitatis rationem habere decet. l. quod si Ephesi in fin. ff. d. eo quod rect.

loc. l. 2.

loc. l. 2. §. item Varus ait ff. d. aqu. plu. arcend. ibi: hac æquitas suggerit, etiamsi jure stricto deficiamus l. 9. ff. d. R. I. Quamvis * etiam emphyteuta utile habeat dominium rei emphyteuticæ, ideoque ipsi potius fructus perisse videantur; tamen intuitu usus rei & fructuum Canon sive pensio solvitur: cessante igitur usu rei, æquitas omnino vult, etiam Canonem sive pensionem cessare debere, de quo nobis alium dicendi locum reservamus.

Secundò * limitatur opinio nostra in casu, quo sterilitas omnes fructus absumeret, vel tam paucos produceret annus, ut de iis integra pensio solvi non posset: quam * limitationem, licet textibus congruere non videatur, æquam, communem & ideo tenendam esse; tradit idem Valascus d. q. 27. n. 12. Eandemque limitationem comprobant Bartolus ac reliqui Dd. in d. l. 1. Hieronym. Grat. confil. 125. n. 10. vol. 2. in fin. & Jason. in d. l. 1. à Valasco d. l. allegati.

Controversia XII.

Re emphyteuticâ ab hostibus occupatâ Canon quoq; remittendus est.

Summaria.

Controversiæ hujus sententia indistinctè vera est. n. 1. & 2.

Quæ stabilitur. n. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Obiectio ex l. 1. C. d. jur. emphyteut. §. 3. h. t. n. 9.

Solutio. n. 10. & 11.

Obiectio. n. 12.

Solutio. n. 13. 14. & 15.

Sententia nostra communis est & æqua atque in Practica servanda. n. 16.

Quæ ampliatur n. 17. & 18.

Limitatur. n. 19. & 20.

Quid de controversiis, hodie circa hanc materiam occurrentibus, sit judicandum. n. 21. 22. 23. 24. & 25.

ILLud * etiam controvertitur à Dd. An, si res Emphyteutica ab Hostibus occupata sit, Canonis remissio fieri debeat? * quod & hic sicut in precedent. controvers. rectius affirmatur: non * attentâ distinctione quorundam, utrum bellum sit justum an injustum, utrum pensio modica solvatur, an magna. Quæ * sententia probatur eâ ratione: quòd fundus emphyteuticus, quem ob hostium incursum & bellicos tumultos ingredi ac possidere non licet, pro non extante & pro extincto habeatur. l. cum unus 12. §. ult. ff. d. reb. au-

28.

29.

30.

1.

2.

3.

4.

torit. judic. possid. ibi: aut propter latronū potentiam non potest possideri, recte dicitur non esse, quod possideatur. Quod & * probat l. possideri 3. §. Labeo 17. ff. d. adquir. vel omitt. possess. ubi à Labeone & Nerva filio respondetur: desinere me possidere eum locum, quem flumen aut Mare occupaverit. Idemque * probat l. si in venditione 10. §. 1. ff. d. peric. & commod. rei vendit. ubi emptor fundi nomine agere non potest, cum prius, quam mensura fieret, inundatione aquarum aut chasmate aliove quo casu pars fundi interierit. Vi * quorum textuū effectū considerato interitus iste, quā diu durat, pro totali habetur. Atquin totalem rei interitum non Emphyteuta, sed Dominus directus sustinere debet. Et * facit: quod durante isto tempore, quo propter belli calamitatem coli non potest fundus, Dominus patientiam præstare non possit, sicut non potest, quando tota res periisset.

Non * obstat igitur: quod totalis rei interitus ad Dominum particularis verò ad emphyteutam spectare dicatur; in d. l. 1. C. d. jur. emphyteut. & d. §. 3. h. t. hic * verò interitus, qui belli contingit calamitate, pro particulari interitu habendū videatur. Etenim * ex juris fictione secundum leges allegatas interitus iste effectus ratione ad interim pro totali non particulari habetur: fieri namque potest, ut Emphyteuta nunquam recuperet fundum suum ab hoste occupatum: proinde quā diu eum detinet hostis, pro extincto habendus est.

Unde * nec obstat illa ratio: quod pensionem in recognitionem domini præstet & solvat Emphyteuta. Ex * quo namque Dominus propter vim hostium patientiam præstare non potest: neque petere ab Emphyteuta poterit, ut pensio ipsi in domini recognitionem præstetur. Sicut * enim Emphyteuta obligatus est Domino; ita econtra Dominus ipsi Emphyteutæ obligatus est: cui * obligationi si satisfacere non potest ille, nec hic suæ obligationi satisfacere tenetur.

A * qua opinione tanquam communī & magis æqua in consulendo & judicando recedendum non esse; post Alexandr. d. Imola dicit Gulielm. Redoan. in tract. d. reb. Eccles. non alien. q. 73. c. 4. n. 5. p. m. 421. Eamque tuentur Bartol. in l. interdum §. quod ex naufragio ff. d. adquir. possess. Abb. Panormitan. in d. c. potuit x. d. locat. Jafon. in d. l. 1. C. d. jur. emphyteut. Jul. Clar. d. §. emphyteusis 8. n. 6. Valasc.

Valasc. d. jur. emphyteut. d. c. 27. n. 13. Geil. 2. observat. 23. n. 1. & seqq. ubi Græven. conclus. 23. n. 1. Oldendorp. d. act. in rubric. d. act. emphyteut. in defens. rei conventi n. 14. Soarez. in commun. opin. lit. C. n. 107. Villalob. in commun. opin. lit. E. n. 79. Cardinal. Tusch. lit. E. conclus. 204. n. 6. & seqq. Dn. Caspar. Manzius in patrocini. debit. bel. calamit. depauperat. decad. 2. q. 9. n. 103. & 104. Elber. Leonin. in d. l. 1. C. d. jur. emphyteut. n. 11. Hieronym. d. Cævall. q. 441. Fachin. libr. 1. controvers. jur. c. 90. Bocer. class. 2. disput. 14. th. 71. Harppr. ad d. §. 3. n. 375. Bachov. p. 1. disput. 29. th. 7. lit. F.

Quæ * sententia procedit: etiam si ab hoste occupatus non sit Emphyteuticarius fundus, sed aliàs propter militum etiam non hostium effrænatam licentiam, incursiones & deprædationes coli non potuit: nam * eadem hîc ratio obtinet.

Limitatur * verò eadem sententia nostra, quando Emphyteuta tempore belli Emphyteuticarium fundum coli potuit & fructum aliquem percepit: ubi pro proportionem & rata fructuum perceptorum, impensis ratione culturæ & immoderatarum ac insolitarum extraordinariarum contributionum & exactionum prius deductis, secundum bonum & æquum Domino aliquid de Canoneolvere debet: quod * & æquum esse censet Gulielmus Redoan. d. q. 75. c. 4. n. 5. circ. fin.

Ex * quibus jam facilè patet: quid ad controversias in Imperio Romano hodie quotidie occurrentes sit respondendum: postquam sc. Emphyteuticarii & censuales fundi in deplorato hoc & insolito rerum statu, propter quotidianas militum excursiones, depopulationes, & deprædationes coli non potuerunt, & si qui potuerunt coli; tamen extraordinariæ istæ & antè inauditæ contributiones non solum absumpserunt fructus fundi, sed etiam Emphyteutæ & Censi plus sæpè eo nomine præstare coacti sunt, quàm de fructibus fundi perceperunt? Ubi * nos non solum juris & æquitatis, sed etiam Christianum esse censemus, præteritorum non solutorum Canonum & Censuum remissionem facere: quod * non tantum de utilitate est Patriæ nostræ Germaniæ, sed etiam ipsorum Dominorum & creditorum, qui sub usuris pecunias suas ante hæc tempora elocârunt: sic * enim Provinciæ depopulatæ ad culturam suam & pristinam potentiam reduci poterunt, Domini

iam & creditores censitici futurorum Canonum & censuum tan-

25.

tò faciliùs participes erunt: aliter * si faciamus, in tanta hominum penuria & in tanta Provinciarum desertione non solùm Rempublicam civibus privabimus, provinciæ desertæ manebunt; sed etiam tanquam duri & rigidi Jcc. qui creditoribus rigorosis rigidiores esse soleant, accusabimur.

Controversia XIII.

Qua sit magna sterilitas, ob quam Canonis remissio fieri debeat; prudens & discretus iudex ponderatis circumstantiis aestimabit.

Summaria.

Quæ magna sit sterilitas, variant Dd. n. 1.

Prima Dd. opinio. n. 2.

Secunda opinio. n. 3. & 4.

Tertia opinio. n. 5.

Quarta opinio. n. 6. & 7.

Quinta opinio. n. 8.

Sexta opinio n. 9.

Ultimam opinionem Autor probat & confirmat, ubi simul Valasci opinio, negantis Emphyteusin bonæ fidei esse contractum, revellitur. n. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.

Autoris opinio ad Praxin applicatur. n. 21. & 22.

Vulgi opinio generalem facit sterilitatis probationem. n. 23.

1.

IN * facienda Canonis remissione propter sterilitatem antequam fiat remissio ista, scire prius oportet, quanam sit magna illa sterilitas, ob quam remissio fieri debeat: de qua sanè controversia varia est apud Dd. nostros disputatio.

2.

Prima * autem opinio est illorum, qui statuunt: secundùm Vulgi opinionem esse dijudicandum, quæ nam magna sit sterilitas: veluti si communis vox sit & fama, in locis istis in quibus situs est Emphyteuticarius fundus, sterilitatem contigisse. Quod senserunt Innocent. in c. propter. x. d. locat. Gloss. in l. licet. C. eod. tit. & communiter Dd. Goffredus, Hostiens. & Iohan. Andr. in d. c. propter. Bald. consil. 329. n. 3. vol. 1. Geilius 2. observat. 23. n. 23.

3.

Secunda * opinio est illorum: qui sentiunt, tum magnam censerì sterilitatem, quando deductis impensis (qui diminuant fructus l. fructus ff solut. matrimon. l. 1. C. d. fruct. & lit. expens.) dimidia pars fructuum non perciperetur ab Emphyteuta, vel colo-

no: ut

no: ut * quando fructus percepti non æquant dimidiam partem Canonis vel meredis debitæ. Abbas Panormitan. in d. c. propter x. d. locat. Bald. & Cyn. in d. l. licet C. h. t.

Tertia * opinio est: quòd tunc dicatur sterilitas, quando conductor vel Emphyteuta dimidiam partem illorum fructuum non percepisset, qui soliti sunt percipi. Alexand. d. Imol. in d. c. propter & Alexand. consil. 107. n. 22. vol. 3. Fulgos. in l. si merces. §. vis major ff. h. t.

Quarta * opinio est: tum magnam esse sterilitatem, quando deductis impensis colono vel Emphyteutæ nihil planè de fructibus reliquum est, Aretin. consil. 52. vol. 2. Paris. consil. 38. col. pen. vol. 1. quorum * opinionem frequentius reprobari; dicit Alvarus Valascus d. q. 37. n. 24. versic. quartam opinionem &c. p. 439.

Quinta * opinio est, sterilitatem magnam ex eo æstimari, quando colonus vel Emphyteuta in tertia parte fructuum perceptorum læsus esset. Vid. Valasc. d. l. versic. quinta fuit opinio.

Sexta * opinio est Dd. sententium: ex iudicis arbitrio hoc dependere, quæ nam sit magna sterilitas, ut Canon sive pensio remitti debeat: quorum * opinionem nos amplectimur & sequimur. Quodcunque * enim in jure nostro certò definitum non est, id ex iudicis arbitrio dependere debet. l. 1. ff. d. jur. deliber. c. de causis x. d. offic. delegat. quæ Regula quasi Canonisata est à Dd. nostris. Cum * igitur hoc in jure nostro definitum non reperiatur; meritò iudicis arbitrio & religioni relinquitur. Quò * confert quoque illa tatio: quòd Emphyteusis bonæ fidei sit contractus, quod controvers. §. h. t. probatum fuit: & * insuper ex ea ratione probatur: quòd præteraffinitatem, quam habet hic contractus cum locatione conditione, item cum emptione venditione, variæ etiam in eum præstationes incurrant, super quibus iudicis arbitrio opus est; in stricti juris verò judiciis ea tantùm veniant, quæ verbis nuncupata fuerunt. arg. l. quidquid adstringenda 99. ff. d. V. O. Rectius * igitur Emphyteusin Valascus d. jur. emphyteut. q. 5. n. 7. inter bonæ fidei, quàm stricti juris contractus retulisset: idque * ideò in primis: quoniam scilicet addit ibidem: non adeò stricti juris esse contractum hunc, quin multa super eo ex bono & æquo definienda sint: ex * hoc enim sequitur, bonæ fidei esse contractum emphyteusin, quia id non est de natura stricti juris contractuum, neque etiam præter arbitra-

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

- arbitrarias actiones, ex quarum numero hæc non est, tertium genus detur. Connan. *libr. 7. commentar. jur. civil. c. 12.* Wessenbec. *ad §. 3. h. tit. & in w. h. t. D. Halbritt. in comment. d. jur. emphyteut. c. 1.* D. Harpprecht. *ad d. §. 3. n. 49.* Treutler. *p. 1. disput. 29. th. 9. lit. C. ibiq.* Bachov. & Hunn. *q. 32.* Et * ergò quoniam Emphyteusis bonæ fidei est contractus, & ided judicis arbitrio multum hîc tribuendum, quantum alterum alteri præstare oporteat, & in præsentì controversia judicis tanquam boni viri arbitrio maximè opus est; itaque judex super eo statuet, & ponderatis omnibus circumstantiis definiet, quæ nam magna vel insignis sit sterilitas, ob quam colono vel Emphyteutæ Canonis remissio fieri debeat: quod * eò facilius & tutius facere poterit judex; si secundum primam Dd. opinionem & juxta secundum Dd. opinionem à nobis relatam ex Vulgi & adcolentium opinione & etiam in læsione ultra dimidium in fructibus intuitu Canonis vel mercedis debitæ aliis circumstantiis probè ponderatis, arbitrium suum informet, & deinde remissionem pro ratione tertiæ, vel quartæ faciat. Quam * Practicam tradit Didacus Covarruvias *practicar. q. 30.* & eam æquissimam esse arbitratur Valascus, *d. q. 27. n. 24. circ. fin.* atque comprobatur Josephus Mascardus. *d. probat. conclus. 1340. n. 7. versic. Ego autem.*
21. Quæ * sanè Practica in deploratissimo hoc bellico rerum statu circa occurrentes controversias observanda erit; ubi cum sterilitate extraordinariæ & insolitæ contributiones bellicæ Emphyteutarum & Colonorum cervicibus impositæ concurrunt: in * cujuscumque controversiis Judex consideratis circumstantiis personarum, fundi Emphyteuticarii & Canonis arbitrari debet, quantum Emphyteuta pro proportionem culti fundi Emphyteutici, impensis culturæ gratiâ factis & contributionū nomine erogatis prius deductis, præstare possit & æquum sit.
22. Hoc * etiam addendū hîcerit: quod Vulgi opinio, quæ nam sit magna sterilitas ad generalem sterilitatis probationem faciat, ita ut is, qui agrum suum sterilem fuisse negat, onus illud probandi in se suscipere teneatur: cum præsumptionem ex generali aliorum agrorum sterilitate promanantem contra se habeat: sicuti respondit Nevizanus *consil. 90. n. 7.* Mascard. *d. conclus. n. 11. circ. fin.* & alii ab eodem Mascard. allegati.

Controversia XIII.

Emphyteuta Ecclesie collectas à Laicis impositasolvere tenetur.

Summaria.

Non Dominus directus, sed Emphyteuta collectasolvere tenetur. n. 1. § 2.
Iulii Clari, inter Emphyteutam solventem modicum Canonem & fructibus
correspondentem distinguuntis, sententia. n. 3.

Casparis Klocken simpliciter hoc affirmantis sententia. n. 4.

Status controversiæ. n. 5.

Autor affirmativam eius sententiam probat. n. 6. usque ad n. 18. inclus.

Fachinæi objectio. n. 19.

Solutio. n. 20. § 21.

Alia Fachinæi objectio. n. 22. § 23.

Solutio. n. 24. 25. § 26.

Bartoli argumentatio. n. 27.

Solutio. n. 28. § 29.

Opinio nostra communis & in praxi recepta est. n. 30. § 31.

EMphyteutam * collectasolvere teneri, vix dubium habere vi-
detur: quod probat non solum textus in l. 2. C. d. jur. emphyteut.
ibi: vel publicarum functionum apochas non præstiterit; sed etiam in
promptu est ratio & regula: quod is, qui fructus colligit & perci-
pit, functionum onera subire debeat: Doctor in l. fructus C. d. empt.
Bald. in l. pen. §. idem testator ff. d. legat. 1. Quod * verò Emphy-
teuta utile habeat dominium, de hoc non est dubitandum & pro-
bat l. 1. §. 1. ff. si ager vectigal. vel emphyt. petat. l. 1. §. quod autem ait.
ubi Bartol. ff. d. superfic. Alvar. Valasc. d. jur. emphyteut. c. 17. n. 1. § 2.
Jul. Clar. recept. sentent. §. emphyteusis q. 46. Ubi * tamen distin-
guit inter Emphyteutam, solventem Canonem modicum, & sol-
ventem Canonem fructibus correspondentem: ut hoc casu dominus
pro rata onera sustinere cogatur. Caspar. Klocke d. contribut. c. 11.
n. 164. & seqq. indistinctè * hoc affirmans. Sanè * circa hanc ma-
teriam valde anceps occurrit hæc controversia, An, si Ecclesia bona
possideat, de quibus ex privilegio collectas non solvit, & ea postea
Laico, qui à collectis immunis non est, in emphyteusin conce-
dat, Emphyteuta iste idem privilegium prætereptere possit, nec col-
lectas laicisolvere teneatur? Quæ certè difficilis nobis videtur con-
troversia, & primùm in suspensio nos tenuit, quid statuere hæc de-
beamus: tum propter autoritatem Bartoli, Emphyteutæ isti idem

N n n n

privile-

- privilegium tribuentis: tum quòd Ecclesia dominium directum retineat, nec res è manibus Ecclesiæ prorsus emigrarit, sed ab ea civiliter adhuc possideatur; per mutationem istam verò Ecclesiæ conditio deterior reddatur, quod nullo modo admittendum videatur.
6. Verùm * re exactiùs paulò ponderatâ, tandem in communem &
 7. Practicam sententiam concessimus. Pro * qua 1. adducitur à Dd. hæc ratio: Quia lex civilis omnes indistinctè Emphyteutas collectarum sarcinæ subjiciat: *in d. l. 2. C. d. jur. emphyteut.* nec contrarium de lege Canonica dispositum reperiatur; meritò * igitur isti
 8. Civili Sanctioni generali standum & acquiescendum sit. 2. Allegatur * ista ratio: quoniam usufructuarius Ecclesiæ collectas absque dubio solvat. Ergò * idem statuendum sit in Emphyteuta Ecclesiæ: cùm eadem hætenus in utroque ratio militet: nimirum utile dominiũ, quod uterque habet, non obstante Ecclesiæ privilegio. 3. * Etenim collectæ ratione utilis domini & fructuum solvuntur atque præstantur, quod hîc penes Emphyteutam residet. *l. si pendentes 17. §. si quid 3. ff. d. usufruct. l. 2. & 3. C. d. annon. & tribut. 4.* Quia * Emphyteuta naturaliter possidet, *l. 7. & 8. C. d. fund. patrim.* ideoque ei possessoria juris remedia tribuuntur: quæ vera naturalis possessionis nota est. 5. Pro * eadem opinione pugnat: quòd dominium illud utile, Emphyteutæ competens, merè sit laicum & profanum, proinde statutis Principum subjectum. 6. Pro * opinione isthac militat: conditione personæ mutatâ & bonorum conditionem mutatam videri. *l. Paulus aliàs per procuratorem ff. d. adquir. hæredit. l. fiscus ff. d. jur. fisc. 7.* Haud * leviter hanc sententiam stabilire videtur hæc ratio: quòd odiosæ sint exemptiones & immunitates à collectarũ onere: quoniam sc. per immunitates istas alii gravari solent & duplex onus sustinere coguntur: ideoque strictæ interpretationis esse debent, nec ad alias & diversæ conditionis personas extendendæ: præsertim * cùm privilegia personam non egrediantur, ut vulgò notum est. 8. Eandem * opinionem optimè prebat: quòd personæ conditione mutatâ, res ad pristinam suâ causam & statum redire soleat, quæ est: communibus oneribus & collectis omnes res immobiles subjacere debere. Mutatâ * igitur personæ conditione, res ad pristinam suam causam revertitur & in eum statum reponitur, quo fuit antequam ratione personæ mutabatur.

Neque

Neque * nos movet illa ab Andrea Fachinæo *controvers. jur. libr. 1. c. 91.* adducta ratio, ut, quotiens Dominus ad collectas non teneatur, nec etiam Emphyteuta ad eas teneatur. *l. privata 10. C. d. excusat. mun.* ubi Emphyteuta Fiscus collectas non solvat, quia fiscus immunis sit. Etenim * *in d. l. 10.* Princeps hoc privilegium suum, ut privata ejus prædia oneribus subiacere non debeant, Emphyteutis suis per expressum concessit; itaque Emphyteutæ fruuntur privilegio isto ex speciali Principis concessu: quod * non est in præsentī controversia nostra: in qua privilegium istud collectarū non solvendarum personæ est datum, propter conditionem scil. & statum personæ, quo mutato & res mutatur atque ad primævam suam causam revertitur.

Non * movet etiam alterum Fachinæi argumentum: quodd, ubicunq̃ue aliquis possidet rem à collectis & tributis immunem, is collectasolvere non teneatur. *l. 1. C. d. impon. lucrativ. descript.* Emphyteuta * verò Ecclesiæ rem à collectis immunem possideat: quia bona Ecclesiæ immunita sint à collectarum sarcina. *l. 2. C. d. Epif. & cleric. c. 1. d. immunit. Eccles. libr. 6. & simil.* Respondemus * namque ad majorem propositionem, eam limitando: ut tum demum vera sit, si ipsa res hanc habeat immunitatem à collectarum & tributorum onere, ut adducta à Fachin. *l. 1. C. d. impon. lucrativ. descript.* de ejusmodi re manifestè loquitur. At * verò Ecclesia non possidet ejusmodi rem, cui data sit immunitas ista, hanc enim immunitatem à personæ conditione habet, quâ mutatâ & sic cessante ratione privilegii, cessat quoque & expirat ipsum privilegium. Hæc * sanè ratione sequeretur: Ecclesiam rem cum privilegio hoc alienare & vendere posse, quod manifestè falsum esse constat.

Sed * nec movere potest illa à Bartolo *in l. fin. §. quotiens quest. ult. ff. d. publican.* adducta ratio: quodd, si Emphyteuta Ecclesiæ immunitatem hanc habere non debeat, prædium viliori Canone locetur, & sic Ecclesiæ conditio deterior exinde reddatur. *l. mortis causa §. fin. & ibi Gloss. ff. d. mort. caus. donat.* Etenim * respondetur cum Dd. non verti hîc interesse vel præjudicium Ecclesiæ primarium, sed secundarium, quod non attenditur: *l. 1. §. aenunciari ff. d. ventr. inspic.* siquidem * verum detrimentum esse non censetur, ubi quis secundariò læditur. Gloss. Alexand. aliique Dd.

in l. de unoquoque ff. d. rei judicat. Jason. in l. nec quidquam §. ibi decretum ff. d. offic. proconsul. Valasc. d. q. 17. n. 15. versic. quæ verò &c.

30.

Quæ * est communis & recepta Dd. sententia Andr. Ifern. in tit. quæ sint regal. in verb. plaustrorum Alex. consil. 101. vol. 1. Tyraquell. d. retract. lignage §. 1. gloss. 13. n. 5. Natt. consil. 114. n. 18. Garc. d. expens. c. 12. n. 69. & seq. Menoch. d. arbitr. judic. quæst. c. 180. n. 8. & seqq. & cas. 562. n. 23. Joh. Petr. Surd. consil. 328. n. 12. Klock. d. contribut. d. c. 11. n. 189. & seqq. eamque * Practicam observare; tradit Valasc. d. q. 17. n. 15. p. m. 278. & experientia testatum facit.

31.

Controversia XIV.

Ex contractu Emphyteuticario actio Emphyteuticaria nascitur.

Summaria.

Qualis actio sit, ex contractu Emphyteutico competens, Dd. variant: ubi prima opinio refertur, n. 1.

Secunda Dd. opinio, n. 2.

Tertia Dd. opinio, quam Autor probat, n. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Prima Dd. opinio, conditionem ex lege dari ex hoc contractu sentientium, revellitur, n. 9. usq. ad n. 18. inclus.

Secunda Dd. opinio, actionem præscriptis verbis dari statuentium, rejicitur, n. 19. 20. 21. 22. & 23.

An personalis, an verò realis sit ista Emphyteuticaria actio, distinctione deciditur, n. 24. 25. 26. & 27.

Hodie controversia hæc theórica esse videtur, n. 28. 29. 30. & 31.

1.

Quænam * actio ex contractu Emphyteutico oriatur & competat; de eo tres reperimus Dd. opiniones. Quidam enim conditionem ex Lege ex eo oriri sentiunt, quæ est communis Dd. opinio. Jason. in l. 1. C. d. jur. emphyteut. Clar. recept. sentent. §. emphyteusis q. 47. Valasc. d. jur. emphyteut. c. 6. n. 8. & 9.

2.

Quidam * actionem præscriptis verbis dari contendunt. Cyn. in d. l. 1. q. 5. Bald. in rubric. C. d. condict. ex leg. col. fin. Donell. comment. jur. civil. libr. 9. c. 14. Wesenbec in w. ff. si ager vectigal. petat. Treutl. p. 2. disput. 29. th. fin. lit. G.

3.

Alii * verò ex contractu hoc emphyteuticario actionem specialem ex contractu Emphyteuticariam oriri statuunt: quorū sent. nos intrepidè acceptam⁹ & sequimur. Nam *

4.

Emphyteusis contract⁹ est nominat⁹, ut Dd. communiter sentiunt:

Valasc.

Valasc. d. contract. emphyteut. q. 6. n. 5. & quidem ideo est contractus, quoniam ex ea instar locationis conductionis, emptionis venditionis, efficax oritur obligatio & actio. l. 1. C. d. jur. emphyt. §. 3. h. t. Nominatus est: quod * in proprium ac speciale contractus nomen transeat: ex quo contractus nominati & innominati dijudicantur & secernuntur: per textum in l. juris Gentium 7. pr. ff. d. pact. Si * contractus nominatus est Emphyteusis: sequitur infallibiter, ex contractu isto propriam & speciale obligationem & actionem nasci. Si * propria & specialis exinde nascitur obligatio & actio, certe illa alia non erit, nec esse poterit, quam actio Emphyteuticaria, ex contractu Emphyteuseos orta & nata: nam * qualis causa talis effectus est: neque enim causa sibi dissimilem effectum producere poterit.

Condictio * ex Lege verò ex contractu hoc ideo nasci non potest, ut Vulgò Dd. sentiunt: quod tum demum condictio ex lege detur: si Lege Novà introducta sit obligatio, nec expressum eadem lege, quo actionis genere experiri debeat. l. unic. ff. d. condict. ex leg. Atquin * etiam ante Zenonis Imperatoris constitutionem ex contractu hoc data fuit actio: quod indubium est & traditum in d. l. 1. & §. 3. h. t. Ergò Lege Novà Zenonis sc. non demum fuit introducta in hoc contractu obligatio: siquidem * Zeno hoc principaliter constitutione suà effecit, non ut novam obligationem introduceret, sed ut contractum istum sive obligationem istam à contractu locationis conductionis, emptionis item venditionis, secerneret & separaret: licet ei non nihil addiderit. Ut * maximè etiam novum contractum introduxisset Zeno, tamen obligatio & actio ex contractu danda esset: tum * demum enim condictio ex lege datur, si non expressum eadem lege, quo actionis genere experiri oporteat. At * verò expressum esset lege istà, quo actionis genere debeat experiri: nimirum ex Emphyteuseos contractu: qualis * enim contractus esset, si ad producendam obligationem & actionem non efficax satis esset? Satis igitur expressum esset illà Zenonis lege, quo actionis genere experiri debeat, ut proinde necessum non sit, ad conductionem ex lege confugere, quæ demum in subsidium concessa videtur, ubi nulla alia actio competit, vel dubium quæ competat. Et * si tantam vim & potentiam conductioni ex lege tribuenda esset: tum sequeretur ex eo, ex omnibus juris Gentium con-

tractibus, quibus de jure Civili aliquid additum (ut omnibus additum est) non propriam ac specialem actionem, sed condictio-
 17. ex lege dari: quod dicere absurdum esset. Inprimis * verò com-
 18. muni hac opinione admissa sequeretur: quòd ex contractu stipu-
 lationis, qui à jure civili de novo introductus est, non propria &
 specialis actio, sed condictio ex lege competat: quod * tamen falsum
 esse, omnibus notum est.

19. Sed * nec illa Dd. sustineri potest opinio, qui actionem præ-
 scriptis verbis ex contractu hoc Emphyteuseos dari assertant: nam
 20. * actio præscriptis verbis datur ex contractu innominato, ut no-
 21. tissimi juris est. At * verò Emphyteusin contractum non innomi-
 natum, sed nominatum esse, ex eo dilucidissimè constare putamus:
 quòd juris Gentium sit contractus & quidem unus ex celebriorib⁹
 & frequentioribus, ac insuper proprium atq; speciale contractus
 nomen habeat, sicut locatio conductio, emptio venditio, societas,
 22. commodatum, depositum &c. Quæ * propriissima contractuum
 nominatorum nota est. d. l. juris gentium pr. §. 1. & 2. ff. d. pact.
 23. Si * itaque Emphyteusis est contractus nominatus; non actio
 præscriptis verbis, sed ex ipso contractu propria & specialis actio
 nascitur.

Quam opinionem nostram tenet & defendit Bartol. in l. unic.
 ff. d. condict. ex leg. Angel. in d. §. adeò autem 3. h. t. Anton. Menes.
 in l. naturaliter ff. d. præscript. verb. pr. n. 28. Oldendorp. d. act. in
 rubric. d. emphyt. act. in pr. Mynsing. ind § 3. n. 6. Bachov. p. 1. diss.
 29. thes. fin. lit. G. pag. 1142. ibidemq; Hunn. q. 58. pag. 1863. &
 variar. resolut. libr. 3. tract. 7. p. 2. q. 13. Bronchorst. controvers. cent.
 1. assert. 43. Harpprecht. ad d. §. 3. & in addit. ad Jul. Clar. d. §. em-
 phyteut. q. 47. Richter. in tract. d. contract. disput. 10. th. 6. pag. 324.

24. Hoc * etiam controvertitur circa hanc tractationem, an per-
 25. sonalis, vel realis sit hæc Emphyteuticaria actio? quæ * lis hæc
 dirimi potest distinctione, ut actio quidam ex contractu proma-
 nans sit personalis & detur Domino advers⁹ Emphyteutam, ac huic
 rursus adversus Dominum; jus verò Emphyteuticum seu utile do-
 minium, per contractum hunc & secutam traditionem acquisitū
 realem tribuat actionem; arg. l. 1. ff. si ager vectigal. petat. ideoque
 26. * realis ista actio adversus quemcunq; possessorem intentari possit,
 adversus quem personalis locum non habet: adeoque * contractus
 iste Em-

iste Emphyteuticarius & titulus ac subsecuta traditio dominium tribuunt: ex quo deinde realis nascitur actio, nimirum utilis rei vindicatio.

Cæterum * hoc quoque addendum hîc erit: hodie videri disputationem hanc merè theoricam esse, quæ ex contractu Emphyteutico detur actio: postquam * sc. secundum juris Canonici constitutionem *in c. dilecti x. d. judic.* actionis genus exprimi in libello non necessum est, modò factum aptè & congruè narretur, ut exinde colligere possit iudex, quænam actio actori competat: licet * etiam de hoc non satis manifestè constiterit; tamen iudex plurib⁹ actionibus concurrentibus eam eligere potest, quæ facto magis congrua & actori proficua, idque propter salutarem clausulam, *omni meliori modo*, libellis adjici solitam: tum * enim iudex officium suum impertire solet. Quod notat Jason *in d. c. dilecti* Elber. Leonin. *d. jur. emphyteut. ad d. l. 1. n. 7.* Valasc. *d. c. 6. n. 9. versic. sed parum utilis &c.*

28.

29.

30.

31.

Controversia XV.

Locatio ad longum tempus dominium utile confert.

Summaria.

- Locatio conductio ad modicum & longum tempus fieri potest. *n. 1. 2. & 3.*
 Quando locatio ad longum tempus fieri censeatur. *n. 4. 5. & 6.*
 Status controversiæ. *n. 7. 8. 9. & 10.*
 Autor antiquam & receptam Dd. sententiam defendit. *n. 11. 12. 13. 14. 15. & 16.*
 Obiectio *ex l. 32. ff. h. t. n. 17.*
 Solutio. *n. 18. & 19.*
 Obiectio *ex l. 39. ff. h. t. n. 20.*
 Solutio *n. 21. 22. & 23.*
 Francisci Connani & Arij Pinelli, contrariam defendentium sententiam, responsio *ad l. 1. ff. d. superfic. n. 24. & 25.*
 Reiectio. *n. 26. 27. 28. 29. & 30.*
 Hunni solutio. *ad d. l. 1. n. 31.*
 Refutatio. *n. 32. usq. ad n. 47. inclus.*
 Sententia nostra receptissima est, nec ab ea in Praxi recedendum. *n. 48. & 49.*
 A cujusmodi sententiis temerè recedere non licet. *n. 50. 51. 52. 53. 34. & 55.*
 Alienare prohibitus nec ad longum tempus locare potest. *n. 56. & 57.*
 Conductor ad longum tempus, Canonem non solvens, perdit utile dominium. *n. 58. & 59.*
 Conductor ad longum tempus propter sterilitatem Canonis remissio non fit. *n. 60.*

In locatione ad longum tempus totalis rei interitus ad locatorem, partialis ad conductorem pertinet. n. 61.

Tutor res pupilli ad longum tempus sine Decreto locare non potest. n. 62.

Locatio ad longum tempus Emphyteusi in plerisq; similis est. n. 63.

Objectio. n. 64.

Solutio. n. 65.

1. **L**ocatio * conductio fieri potest vel ad modicum, vel ad longum tempus. *l. si in lege 24. §. fin. ff. h. t. l. viam veritatis 10. C. eod. tit.* Quæ * ad modicum fit tempus, est usque ad novem annos; quæ * verò ad longum tempus, est ad minus decem vel plurius annorum: *rubric. l. pen. & l. fin. C. d. præscript. long. temp. l. fideicommissa §. Aristo. ff. qui & à quib. &c. Sichard, ad rubric. C. que sit long. consuet.*
- 2.
- 3.
4. Tum * etiam locatio conductio ad longum tempus fieri censetur, si ita locetur, quamdiu voluerit: vel * quamdiu locator, vel conductor vixerit. Si * igitur alio modo facta sit locatio, tum ad modicum tempus contracta esse censetur. *Johann. Garl. in tract. d. expens. c. 14. n. 1. 2. & 3.*
- 5.
- 6.
7. De * eo inter Recentiores Jcc. controversitur: An locatio conductio ad longum tempus facta utile tribuat dominium, an verò in terminis nudæ & simplicis locationis conductionis persistat?
8. Cujus * sanè controversiæ decisio magnum effectum juris habet: quippe à cujus decisione plurium aliarum in Praxi frequentantium utilissimarum questionum decisiones dependent. Et * sanè quòd locatio isthæc utile dominium conferat, apud antiquos non solum,
9. sed etiamnum apud hodiernos Jcc. receptissimum est: à * quorum sententia Francisc. Connarus *libr. 7. comment. c. 12.* & Pinel. *ad l. 1. C. d. bon. matern. p. 3. n. 66.* primùm secessum fecere, quos deinde alii secuti sunt. Verùm * Nos, ut aliàs ab antiquorum receptis opinionib⁹ non facilè recedere solemus, nisi manifesti erroris & iniquitatis convincantur; ita nec hîc à sententia eorum, Neotericorum Novitiâ acceptatâ opinione, recedere potuimus. Quæ * sententia manifestè satis probatur per textum in *l. 1. §. quòd ait Prætor 2. ff. d. superficieb.* ubi respondit Ulpianus JG. quòd ait Prætor: si actio de superficie postulabitur, causâ cognitâ dabo, sic intelligendum est: ut, si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio. Et sanè causâ cognitâ ei, qui non in modicum tempus conduxit superficiem, in rem actio competet. In * quo textu Prætor postulatâ in rem actione
- 10.
- 11.
- 12.
13. de super-

de superficie, eam causâ cognitâ daturum se pollicetur: in quam cognitionem etiam hoc venire debeat: an in modicum tempus conducta fuerit superficies, ut si non in modicum, sed longum tempus conducta, in rem actio comperat. Ut * adeò manifestè distingua-
tur in d. §. 2. an in modicum, an verò in longum tempus conducta fuerit superficies, ut hoc casu utilis in rem actio à Prætore detur. Ex * quo constat: arbitrium hîc esse Prætoris, an danda sit in rem actio, qui arbitrabitur, an ea danda sit vel deneganda: ut * proinde actio ista, ut primum introducta est à Prætore, non tam sit nativa quàm dativa: animadvertente Bachovio p. 1. disput. 29. th. 4. lit. C. p. m. 1112.

Verùm * objiciunt hîc adversarii l. qui fundum 32. ff. locat. in cuius specie Julianus JC. ei, qui fundum colendum in plures annos habuerat, in rem actionem denegat. Respondetur *: quòd textus iste non de longo, sed modico tempore intelligendus sit, nam plures anni etiam tribus contineri possunt: ut * idè nulla ratio urgeat, ut contrà d. l. 1. ff. d. superficieb. d. l. 32. de longo tempore & sic tam largè accipere debeamus.

Deinde * objiciunt Neoterici l. non solet 39. ff. locat. ubi respondet Paulus JC. non solere locationem dominium mutare. Respondemus: * hoc quidem regulariter ita verum esse, sed tamen interdum dari casus speciales, quibus locatione mutetur dominiû, de quibus secundum d. l. 1. ff. d. superfic. est etiam præsens noster casus: ut * adeò JC. voculam solet non frustra in d. l. 39. posuerit: quo innuit, licet locatione dominium mutari non soleat, tamen evenire interdum posse, ut eâ mutetur dominium. Reliqua * quæ adversarii ex natura locationis conductionis objiciunt, quòd eâ dominium non transferatur, speciali refutatione non indigent: cû eâdem responsione sint refutata; proinde actum agere nolumus.

Minimè * etiam fundamentum communis opinionis ex d. l. 1. desumptum labefactat Arij Pinelli in l. 1. C. d. bon. matern. part. 3. num. 66. data solutio: quòd sc. in d. l. 1. publicus faciat favor, ut is, qui superficiem ad longum tempus conduxit & in ea ædificavit, in rem habere debeat actionem: ne civitatis adspectus & ornatus deformetur, contrà l. si quis C. d. edific. privat. ibi: publicum decus & l. prescriptio C. d. oper. public. ibi: ornatum & commodum ad decoram faciem Civitatu. Et * in l. quòd si vir 15. ff. d. donat.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

- int. vir. & vxor. donatio inter virum & uxorem ad ædium refe-
 ctionem valida pronuncietur, quæ aliàs, ut noti juris, invalida est:
 26. idque pariter in publicum istum favorem. Non* inquam labefactat
 solutio isthac fundamentum nostrum: tum quod se fundet JC. non in
 27. publico favore; in d. l. 1. sed in longo tempore, quæ ratio est deci-
 sionis: tum * quod publicus favor multò magis in locatione ad
 28. modicum tempus attendi deberet, quia plus promoveretur bien-
 nio, quàm decennio: tum * quod Ulpianus longè ante Impera-
 tores istos, quorum sunt Constitutiones allegatæ, vixerit, proinde
 ad Constitutiones istas respectum suum habere non potuit. Quod
 29. * attinet ad d. l. 15. ibi ex hac causa valida est donatio inter conju-
 30. ges, quod cā donatarius locupletior factus non sit: cū * vir do-
 natarius, cujus ædes incendio absumptæ & ad quarum refectionem
 uxor donaverat, tantundē de suo per incendium istud amiserit.

31. Quas * Pinelli & Connani solutiones ipse etiam Hunnius,
 libr. 3. tract. 7. p. 2. q. 14. communem hanc Dd. opinionem impu-
 gnans & eam absurditatis sine ratione audacter satis redarguens,
 rejicit; & tamen longè pejorem adducit, dum ait: dari quidem in
 d. l. 1. utilem in rem actionem conductori ad longum tempus, non
 32. tamen eum utile dominium habere. Quæ * absurda est responsio:
 si enim hoc conceditur, utile in rem actionem hīc dari, etiam con-
 33. cedendum erit, utile dominium habere conductorem: nam * cau-
 sam habere debet in rem actio, quæ est dominium, ex quo oritur
 34. & nascitur: sicut * enim actio personalis ex obligatione nascitur:
 35. ita actio realis ex dominio: §. omnium autem 1. instit. d. act. qui * hoc
 36. negat, is certè in principia juris impingit. Proinde * is, qui actio-
 nem realem instituit, dominium probare necesse habet: nam ei
 demum in rem competit actio, qui aut jure Gentium, aut jure Ci-
 37. vili dominium adquisivit. l. in rem actio 23. ff. d. R. V. Cū * igitur
 conductori in longum tempus in rem competat actio: omnino
 præsupponendum est, ei utile dominium antè adq̄situm fuisse.

38. Defendere * autem conatur Hunn. crassum hunc errorem ex
 §. namq̄ si cui 4. instit. d. act. ubi Publiciana in rem datur actio ei,
 qui aliquo casu possessionē rei amisit, quasi usuceperit, qui tamen nō
 39. usuceperit, nec dominus factus sit. Ergò * dicit Hunnius actio rea-
 40. lis bene absque dominio consistere potest. Verū * Hunnius
 proprio se mucrone jugulat: licet enim verus dominus non sit in d.

§. 4. qui bonæ fidei fuit possessor & contra novum possessorem Publicianam instituit; tamen quasi dominus est, adeoq; præsumptum habet dominium & pro vero domino effectus ratione tam diu habetur, donec possessor verum dominium à sua parte probârit. Quod * indicat Justinianus Imperator *in d. §. 4.* dum dicit: quòd agens Publicianâ in rem actione dicat: eam rem se usucepisse, quam non usucepit, & ita vindicet suam esse: hoc est dominum se ejus rei esse. Unde * etiam Ulpianus IC. *in l. sed & si res 7. §. Publician. 6. ff. d. publician. in rem act.* respondit: Publicianam ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicere: hoc * est Publicianam ad instar domini respicere: quasi dicere voluerit IC. quòd is, qui Publicianam habet, quasi dominium habeat, quod effectus ratione cum vero dominio ex juris fictione & præsumptione idem esse videtur. Quamvis * igitur agens hâc actione dominium probare non possit, tamen fundat se in quasi & præsumpto dominio: ut adeò dominium ab hac reali actione separari & excludi non possit, nec debeat. Multis * modis namque fieri potest, ut aliquis verus sit dominus, nec tamen propter difficultatem probationis hujus, dominium probare possit. Et * ergò ubicunque actio in rem instituitur, dominium præsupponendum est, sive verum sive quasi: absq; * causa namque nemo agere potest, *l. nunquam 31. ff. d. adquir. rer. domin.*

Quæ * est receptissima Dd. opinio: quam defendunt inter alios Bartol. & Dd. *in l. 2. ff. si ag. vect. vel emphyteut.* Gloss. & Dd. *in clement. 1. d. reb. Eccles.* Tyraquell. *1. d. retract. §. 1. gloss. 14. n. 79. & 80.* Jason *in d. l. 2.* Covarruv. *libr. 2. resolut. c. 16. n. 1.* Boer. *decis. 224. & 234.* Ruin. *consil. 57. vol. 1. & consil. 61.* Socin. *consil. 167. col. 2. vol. 2. & consil. 156. n. 6. vol. 1.* Fulgos. *consil. 240.* Cujac. *in not. ad §. h. 3.* Donell. *libr. 9. comment. jur. civil. c. 13.* Cævall. *in tract. commun. opinion. contr. commun. q. 99.* Joh. Garf. *d. expens. c. 14.* Joh. Gutierrez. *canonic. quest. libr. 8. c. 8. n. 21.* Nicol. Mozz. *d. contract. d. locat. conduct. d. divis. locat. n. 7. & 8.* Gulielm. Redoan. *d. reb. Eccles. non alien. c. 58. n. 8. p. m. 293.* Doctor Marta *in Digest. noviss. d. locat. conduct. c. 17.* Stephan. Gratian. *disceptat. forens. c. 378. n. 30. p. m. 525.* Alvar. Valasc. *d. jur. emphyteut. c. 29. ubi n. fin. ait: ** à communi non recedas in Practica, quia omnium consensu probata est. Bachov. *p. 1. disput. 29. th. 4. lit. C.*

41.

42.

43.

44.

45.

46.

47.

48.

49.

§ 0. Ex * eo autem, quod locatio ad longum tempus utile domi-
 § 1. nium transfert, multa utilia in Praxi deducuntur, quæ contrariâ
 § 2. admittâ opinione uno ictu corruerent: ideoque temerè ab hac com-
 § 3. muni sententia recedere non licet, ut * quæ jam dudum pro com-
 § 4. muni utilitate in Foro recepta sunt, propter argumentatiunculam
 § 5. unam atq; alteram temerario ausu evertere quis velit: nam * mul-
 § 6. ta jure civili contrâ rationem disputandi pro utilitate communi re-
 § 7. cepta esse, innumerabilibus rebus probari potest: veluti eleganter
 § 8. responsum est à Juliano JC. in l. ita vulneratus 51. ff. ad L. Aquil. Et *
 § 9. quæ certam jam receperunt interpretationem minimè mutanda
 § 10. esse neque ab iis recedendum; respondit Paulus JC. in l. minimè 23.
 § 11. ff. d. legib. & Ulpianus JC. in l. quod si nolit 31. §. quin assidua 20 ff.
 § 12. d. Aeditit. edict. Quod * etiam à communibus & in Praxi receptis
 § 13. Dd. opinionibus recedendum non sit; libr. 1. tit. 2. controvers. 6.
 § 14. multis probatum fuit. Et * in dubio iis adquisendum esse, ipsa
 § 15. ratio evincit: sic enim jus incertum, Prudentum interpretatione &
 § 16. quotidiano rerum usu jam dudum certum factum, cum magno
 § 17. Reipublicæ dispendio incertum redderetur.

§ 18. Quâ * communi Dd. opinione tanquam firmâ præsuppositâ
 § 19. deducitur exinde. 1. quod alienare prohibitus nec ad longum tem-
 § 20. pus locare possit: sic * enim rerum Ecclesiasticarum alienatione
 § 21. prohibita etiam earundem locatio ad longum tempus prohibita
 § 22. censetur. Bald. in auth. hoc jus C. d. SS. Eccles. Fabian. d. Mont. d.
 § 23. empt. vendit. 4. quest. princ. q. 17. n. 47. Redoan. d. l. n. 6. Covaruv.
 § 24. d. q. c. 16. n. 4.

§ 25. 2. Deducitur * exinde, quod, sicut Emphyteuta in Emphyteusi
 § 26. Ecclesiastica biennium & in Civili triennium Canonem solvere
 § 27. cessans perdit Emphyteusin; ita quoque conductor intra triennium
 § 28. vel biennium Canonem non solvens jus suum & utile dominium
 § 29. tanquam caducum amittat. Bartol. in l. vectigalia §. 1. ff. d. publican.
 § 30. Tyraquell. d. l. n. 84. Garf. d. c. 14. n. 7. Valasc. d. q. 29. n. 20. 21. 22.
 § 31. & 23. Quamvis hîc contrarium teneant Stephan. Gratian. d. l. &
 § 32. D. Marta: d. l. si * enim simplicem conductore propter mercedem
 § 33. non solutam expellere possumus, quid ni conductor ad longum
 § 34. tempus Canonem non solvens posset expelli?

§ 35. 3. Deducitur * hinc: quod, quemadmodum Emphyteutæ pro-
 § 36. pter ste-

pter sterilitatem non fit Canonis remissio; ita nec conductori eadem remissio fiat. Garf. d. l. n. 9. & Valasc. d. l. n. 24.

4. Deducitur * ex eo: totalem rei interitum ad dominum sive locatorem spectare; particularem verò interitum in locatione ad longum tempus ad conductorem: sicut in Emphyteusi juris est. Valasc. d. l. n. 26. & 27.

5. Deducitur *: quòd, sicut tutor res pupilli sine Decreto alienare non potest; ita nec ad longum tempus locare eas possit. Gomes. in l. Tauriso. n. 57. Valasc. d. q. 29. n. 10. Garf. d. c. 14. n. 5. versic. inde tutorem &c. Ex * quibus constat jam, locationem ad longum tempus non solum in plerisque similem esse Emphyteusi, sed etiam utile dominium conferre: non * obstante eo: quòd finito tempore dominium istud ad locatorem revertatur, veluti sentiunt Bald. in d. l. 1. C. d. jur. emphyteut. Valasc. d. c. 29. n. 29. Bach. d. l. Nam * & verum dominium ad tempus potest transferri: sicuti hujus rei exemplum habemus in emptione venditione, cui pactum Additionis in diem, Legis commissoriae & Retrovenditionis adpositum est.

61.

62.

63.

64.

65.

De SOCIETATE.

TITULUS XXVI.

Controversia I.

Societas omnium bonorum tacitè contrahi potest.

Summaria.

Descriptio societatis. n. 1.

Quæ vel est generalis totorum bonorum, vel specialis certorum bonorum n. 2.

Generalis tam futura bona, quàm præsentia continet. n. 3.

Non verò extendit se ad ea quæ titulo lucrativo obveniunt. n. 4. & 5.

Limitatio huius. n. 6.

Status controversiæ. n. 7.

Autor affirmativam probat. n. 8. 9. 10. 11. & 12.

Objectio ex l. 3. §. 1. ff. h. t. n. 13.

Solutio. n. 14. 15. & 16.

Quæ est verior & communior Dd. opinio. n. 17.

O o o o 3

Societas

1. Societas, * quâ res utrinque communicantur & communiter ha-
 2. bentur, l. 1. §. 1. l. ea verò 3. §. 1. ff. h. t. vel * est totorum bonorum
 3. generalis, vel * est certorum bonorum sive certæ alicujus nego-
 4. tiationis. Illa * non solùm præsentia bona, sed etiam futura com-
 5. plectitur. l. si societatem universorum bonorum 73. ff. d. t. Anton. Go-
 6. mes. variar. resolut. tom. 2. c. 5. n. 3. Non * tamen extendit se ge-
 7. neralis ista omnium bonorum societas ad bona quocunq̃ue titulo
 8. lucrativo adquisita: veluti hæreditatis, legati, donationis. l. coiri so-
 9. cietatem 7. ff. eod. tit. Nam * ex natura societatis illud venit, quod
 10. ex opera, labore & industria acquisitum est; l. questus 8. d. t. illa
 11. verò non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt:
 12. ut respondit Ulpianus JC. in l. nec adjecit 9. d. t. Quod * si tamen
 13. omnium bonorum societas specialiter coita sit, tum & hæreditas
 14. & legatum & quod donatum est, quâque ratione acquisitum,
 15. communioni acquiritur: veluti respondit Paulus JC. in d. l. ea verò
 16. 3. §. 1. Gomes. d. c. 5. n. 4. Nicol. Mozzius d. contract. tit. d. natur.
 17. societ. n. 21.

18. Unde * controvertitur hîc inter Dd. An generalis hæc om-
 19. nium bonorum societas tacitè coiri possit? ut si exempli causâ duo
 20. pluresve simul habitent, & ex negotiationibus suis aliunde obve-
 21. nientia bona invicem communicent, quæstum dividant & dam-
 22. na utrinque sustineant, An tacitè censeatur societas esse contracta?
 23. Quod * licet alii negent, nos affirmandum esse statuimus: per
 24. textum in l. societatem coire 4. ff. d. t. ubi generaliter respondet Mo-
 25. destinus IC. societatem coire & re & verbis & per nuncium posse,
 26. dubium non esse: Quo * indicat IC. non solùm expressâ con-
 27. ventione, sed etiam ipso facto coiri posse societatem, quo ipso ta-
 28. citè contrahi censeatur. Nam * consensus vel expressus est, vel ta-
 29. citus, re ipsâ vel facto declaratus. l. 2. 3. & 4. ff. d. pact. Cùm * igitur
 30. societatis contractus consensu constet, quid obstabit, quò
 31. minùs tacito consensu coiri possit? Et * quoniam indefinitè verum
 32. est & indefinitè loquitur allegatus textus noster, in d. l. 4. ad parti-
 33. cularem societatem restringi non poterit. l. de pretio 8. ff. d. publi-
 34. cian. in rem act.

35. Nec * quidquam pro Adversariis facit d. l. 3. §. 1. ff. h. t. ibi:
 36. cùm specialiter omnium bonorum societas coita est. Etenim * textus
 37. iste loquitur de illa generali bonorum omnium societate, quâ etiã
 38. titulo

titulo lucrativo adquisita communia esse debeant, quæ, ut *in pr. contr.* dictum, specialem consensum requirit. Quod * si tamen focii specialem istum consensum re ipsâ declarârint & titulo lucrativo obvenientia communicârint: tum, etiamsi expressa conventio non intervenerit, talis bonorum omnium societas contracta esse censetur: nam non minor est vis taciti, quàm expressi. Ut * adeò *in d. l. 3. §. 1.* oppositio non inter expressam & tacitam conventionem, sed inter generalem & specialem fiat.

Quam * tanquam communioem & verioem Dd. opinionem defendunt Bartol. Bald. & Iason. *in d. l. 1.* Roland. à Valle *consil. 91. n. 27.* Tiber. Decian. *consil. 98. vol. 1.* Menoch. *libr. 3. præsumpt. §. 6. n. 37.* Soarez. *commun. opinion. lit. S. n. 124.* Cravet. *consil. 26. n. 5.* Mastril. *decis. 75. n. 6. p. 1.* Stephan. Gratian. *discept. forens. c. 336. per tot.* Moz. *d. contract. d. divis. societ. n. 14.* Natt. *consil. 91. n. 1.* Cujac. *ad d. l. 3.* Fachin. *libr. 2. controvers. jur. c. 14.* Harppr. *in pr. h. t. n. 13.* Hunn. *in resolut. ad Trentl. p. 1. disput. 27. th. 8. lit. F.*

Controversia II.

Societate omnium bonorum coitâ dos filia ab altero socio data, vel sumptus in studia vel honorem filii erogati societati imputantur.

Summaria.

Status controversiæ. *n. 1. & 2.*

Affirmativa ejus sententia stabilitur. *n. 3. usq; ad n. 9. inclus.*

Obiectio ex *l. 81. ff. h. t. n. 10. & 11.*

Triples solutio. *n. 12. usq; ad n. 20. inclus.*

Obiectio. *n. 21.*

Solutio. *n. 22. & 23.*

Obiectio. *n. 24.*

Solutio. *n. 25. & 26.*

Opinio nostra magis communis & magis recepta est. *n. 27.*

Opinio hæc magis æqua est, ideoq; contrariæ præferenda. *n. 28. & 29.*

Elegans * & practicabilis se offert hîc controversia, An societate omnium bonorû sive expressè sive tacitè inter fratres fortè vel alios initâ, si alter sociorum de communibus bonis dotem dederit filia suæ, vel in studia & honorem filii, putà in Magisterii vel Doctoratus gradum, sumptus fecerit, societati imputandi sint, an verò si-

27. verò finitâ societate in divisione parti socii detrahendi? In * cuius controversiæ decisione tam Anquiores quàm Recentiores Doctores & Interpretes mirè variare solent; ita ut utraq̃ue opinio communis & magis communis & sine peccato retineri posse dicatur à Petro de Ubaltis in tract. d. duob. fratrib. p. 6. q. 9. Nos * in hac difficultate & in tanta Dd. varietate dotem filiae datam & sumptus istos in studia & honorem filii erogatos societati universorum bonorum speciali (de qua in præcedenti controversia aliquid dictum fuit) imputandos esse, intrepidè concludimus. In * cuius sententiæ confirmationem adducitur textus in l. societatem universarum fortunarum 73. §. 1. ff. h. t. ubi respondit Ulpianus JC. quòd, si societas universarum fortunarum ita coita fuerit, ut, quidquid erogetur vel quæreretur, communis lucri atq̃ue impendii esset, ea quoq̃ue quæ in honorem alterius liberorum erogata sunt, utrinq̃; imputanda sint.
52. 2. Adfertur * textus l. ex parte 39. §. filius 3. ff. famil. eriscund. ubi filius Reipublicæ debita, quæ post mortem patris contraxit, fratti sua pro parte hæreditaria reputare non potest, si non in omnibus socii essent, licet hæreditatem patris communem haberent. 3.
6. Pro * hac sententia allegatur textus, in l. cum duobus 52. §. fin. ff. h. t. ubi Ulpianus respondit: quòd, si socius ob injuriam iudicis injuriarum condemnatus quid præstiterit, ex societate consecuturus sit; si ob maleficiu suu ipse tantu damnu sentire debeat. Si * igitur in injuriarum actione, ubi socius sine culpa sua damnatur, ex injusto facto iudicis societati imputatur istud damnum; quantò magis datio dotis, de qua socius sine culpa sua tenebatur, & sumptus in studia & honorem filii facti eidem societati imputari debent. 4.
8. Pro * eadem sententia valdè concludit illa ratio: quòd de natura sit societatis, ut æqualitas servetur: l. si non fuerint 29. ff. h. t. nam societas est jus æqualitatis & fraternitatis. l. verum 63. in pr. ff. h. t. At * verò æqualitas non servaretur: si socius omnia lucra aliunde & extrâ societatis causam obvenientia, veluti hæritates, legata, donationes &c. in societatem conferret, nec tamen sumptus istos & dotem societati imputaret. Æquissimu * igitur est, ut illa imputet.
- 10.
- 11.

Cui * sententiæ graviter contradicere videtur l. si socius pro filia 81. ff. h. t. ubi conventum erat inter socios de communi dote constituenda, & respondetur à Papiniano IC. filiam pro socio agentem

agentem dotis quantitatem præcipere debere & sic dotem societati imputari. Ex * quo sequi videtur: quod si pactum ejusmodi non intervenierit, dotem non imputari societati: inprimis verò quoniam IC. pactum commune requirere videtur. Verum * responderi potest ad hunc textum: multa pactis specialiter præcaveri & provideri, quæ tamen ipso jure obtinent: ex * quo tamen non sequitur: quod si pactum ejusmodi non intervenierit, id, quod ipso jure obtinet, vim suam non habere. 2. Respondemus * & quidem rectius: quod in d. l. 81. non de universali omnium bonorum societate speciali agatur, sed de societate vel certorum bonorum, vel de societate universorum bonorum simplici, si in tantum etiam textum illum extendere licet: nam * cum facti sit quæstio, quæ societas coita & contracta, an certorum negotiorum, an universorum bonorum specialis, vel simplex; ideoque cum in dubio universorum bonorum simplex non præsumatur, nedum specialis, probandum erit, vel per expressam conventionem vel tacitam, hanc societatem specialiter contractam esse. Si * igitur non præsumitur isthæc societas, nec præsumendum erit, leges societatis simpliciter mentionem facientes, de ea loqui, nisi * vel manifestò de ea dicant & disponant: vel ex urgentibus conjecturis colligi possit, de tali societate leges loqui vel disponere, quod ex d. l. 81. nullo modo colligi potest. Rectissime * igitur opposita lex 81. de alia societate, quàm de qua nostra est disputatio, à Dd. accipitur. Vel * si quis malit d. l. 81. de universorum bonorum societate speciali accipere, responderi potest: idèd requiri pactum in specie illius legis: quod dos tantum promissa fuerit, non data, & quod de casu defuncti jam patris adeoque solutæ societatis tractetur; cæteroquin * si dos jam data esset, vel patre adhuc vivo duraret societas, nihil obitaret, quò minus dos illa societati imputanda esset.

2. Objicitur * : quod dos ista & sumptus isti extrà societatis causam erogentur & expendantur; ideoq; videatur, ea societati imputanda non esse. Sed * respondetur: quod in nostra universorum bonorum societate etiam lucra extrà societatis causam socii communia habeant, ut hæreditates, legata & donationes: Ergò * ut æqualitas servetur, etiam sumptus & expensæ ejusmodi communes esse debent: cum eum debeant incommoda sequi, quem sequuntur commoda: juxta vulgatam juris Regulam.

P p p p

Objicitur

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24. 3. Objicitur * : quòd exinde magna inæqualitas consequi possit : si alter sociorum liberos habeat, alter verò non habeat. Respondetur : * nullam hîc inæqualitatem subesse : cùm tota hæc res ab eventu dependeat : ut vel uterq; vel neuter sociorû liberos habeat, vel incertum sit, uter eorum liberos habiturus sit : itaque quod in uno servatur & in altero servatur : ut aded hîc nulla inæqualitas appareat. Et * deinde quoniam, ut antè dictum, lucra communia habent socii & sic etiam impendia, nullus sociorum inæqualitatem hîc allegare & prætere potest.

26. Quam * magis communem esse Dd. opinionem, testatur Fabius Turretus : *consil. 7. libr. 2.* & magis receptam dicit Menochius *d. arbitrar. judic. cas. 127. n. 3.* Itaque * opinio hæc nostra contrariæ opinioni præferenda est : licet enim hæc à nonnullis Dd. pro magis communi vendidetur ; tamen nostra communior, æquior est & benignior : cùm pro æqualitate in societate servanda pugnet, veluti ex antè deductis perspicuum esse credimus. Atquin * in dubio, ubi non constat quæ opinio communis sit vel magis communis, illa semper amplectenda est & sequenda, quæ majorem æquitatem sapit. *l. in omnibus 9. ff. d. R. l. ubi latè Dec. & conferunt hûc quæ lib. 1. tit. 2. controvers. 6. n. 64. & seqq. diximus.* Eandemq; opinionem amplectuntur Socin. *consil. 290. libr. 2. Dec. consil. 78 Marc. Anton. Natt. consil. 91. per tot. Roland. à Valle consil. 91. vol. 1. Ruin. consil. 104. n. 11. libr. 11. Hieronym. d. Zannettin. consil. 6. Menoch. consil. 375. n. 1. vol. 3. Stephan. Gratian. in addit. decis. March. 127. Joh. Petr. Surd. d. aliment. tit. 6. q. 14. Mantica. d. tacit. & ambig. convent. libr. 6. tit. 10. Petr. Sanz. Morquechus in in practica. quotidian. d. divis. bon. lib. 2. c. 2. n. 17. Cujac. observat. 23. c. 27. D. Bocer. class. 2. disput. 5. th. 51. & ad §. ult. h. t. n. 7. D. Harpprecht, ad pr. h. t. n. 25. Knipschilt. d. contract. exercit. 10. q. 7. pag. 317. cum seqq. Treutl. p. 1. disput. 27. th. 8. lit. H. ibiq; Bachov. Richt. d. contract. disput. 11. th. 2. sub lit. C. pag. 334.*

Controversia III.

Periculum pecunie capitalis, vel rei in societatem collata, ad eum debet pertinere, qui eam contulit.

Summaria.

In societate tam ratione divisionis lucri, quàm ratione periculi pecuniæ vel rei, in societatem collatæ, maxima æqualitas servanda est, n. 1. 2. § 3.

Status præsentis controversiæ, n. 4.

Prima Dd. de ea opinio, n. 5.

Secunda Dd. opinio, n. 6.

Tertia Dd. opinio, n. 7. § 8.

Quarta Dd. opinio, n. 9.

Autor opinionem suam probat, n. 10. 11. 12. 13. § 14.

Objectio ex l. 52. §. 4. ff. h. t. n. 15.

Solutio, n. 16. 17. § 18.

Responsio Hunnii ad datam solutionem add. l. 52. §. 4. n. 19.

Refutatio, n. 20. 21. § 22.

Altera Hunnii responsio add. l. 52. n. 23. § 24.

Refutatio n. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. § 32.

Tertia Hunnii responsio, n. 33.

Refutatio, n. 34. 35. 36. 37. § 38.

Objectio, n. 39.

Solutio, n. 40. § 41.

Sententia nostra communis est, n. 42.

Sententiæ nostræ limitatio in casu pacti intervenientis, n. 43. § 44.

Altera ejus limitatio, in casu animalium æstimatò collatorum, n. 45. 46. 47. § 48.

Limitationis hujus sublimitatio, n. 49.

Pactum, ut pecunia vel res conferenti in salvo manere debeat, pro illicito habetur, n. 50. § 51.

Limitatio hujus, n. 52. 53. § 54.

Altera limitatio in casu contractus assècurationis intervenientis, n. 55. 56. § 57.

IN * contractu societatis tam ratione divisionis lucri, exinde provenientis, quàm ratione periculi maxima æqualitatis habenda est ratio, & videndum, ut æqua omnium sociorum sit conditio, neque unus pro altero gravetur. Nam * cùm societas fraternitatis instar sit; l. verum 63. pr. ff. h. t. ideoque bonam fidem maximè requirit, ita ut justa & æqua esse debeat. l. ea verò 3. in fin. l. in proposito 78. l. unde si Nervæ 79. l. si non fuerint 29. §. Aristo 2. circ. fin. ff. h. t. Quin * in societatibus fidem exuberare easdemque æquitatis rationi convenire debere; rescripserunt Imperatores in l. cùm in societatis 3. C. eod. tit. Hartman. Pistor. quæst. jur. lib. 3. c. 1. n. 2. & seqq.

De * periculo pecuniæ, vel rei in societatem collatæ, maximè hîc controvertitur, An hoc solus conferens, an verò omnes socii pro rata sustinere debeant? quæ certè difficilis nobis videtur controversia esse, in qua Dd. diversas fovere opiniones deprehenduntur.

Quidam * enim sentiunt: periculū pecuniæ, in societate collatæ,

ad omnes socios pertinere debere, in qua opinione sunt Oldradus, Eulgos, Salycet. aliique in *d. l. 1. C. h. t.* Petr. d. Ubalt. in *tract. d. duob. frat. part. 8. n. 42.* Treutl. p. 1. *disput. 27. th. 9. lit. A.* & ibi Hunn. in *resol. q. 22.* & *libr. 3. variar. resolut. tract. 7. p. 3. q. 1.*

6. Quidam * statuunt, ad eum spectare debere periculum isthoc, qui pecuniam, vel rem in societatem contulit.

7. Quidam * verò distinguere malunt: An statim in principio contractus perierit pecunia vel res, in societatem collata, vel in medio, vel in fine. Si * in principio perierit res, vel pecunia, periculum commune esse debere dicunt: si in medio, aliquid damni ad operas præstantem pertinere; sin verò in fine, periculum ad conferentem pecuniam, vel rem peremptam spectare volunt. Petr. & Cyn. relat. à Bald. in *d. l. 1. C. pro soc.* & Johann. Grivell. *decis. Dolan. 38. n. 10.*

9. Alii * aliter distinguunt: nimirum An opera æquivaleat non solum usui pecuniæ, sed etiam proprietati sive capitali ipsi: ut hoc casu operam conferens periculum nullum sentiat; illo verò casu ad eum pro rata pertineat. Corneus & alii relati à Socin. sen. eandem distinctionem approbante *consil. 265. libr. 2.*

10. Nos * illorum opinioni, qui indistinctè statuunt, periculum rei, vel pecuniæ in societatem collatæ ad ipsum conferentem pertinere, adhærescere non dubitamus. Est * enim certissima & indubitata juris Regula: quòd quælibet res suo domino pereat. *l. pignus 9. C. d. pignorat. act.* Atquin * pecuniam conferens manet ejus dominus, ita ut finitâ societate in divisionem non veniat: veluti hoc in *sequenti controvers.* probabimus. Exinde * igitur inæqualitas haud exigua oriretur, & iniuria fieret ei, qui sub conditione & lege conferendæ tantum operæ contraxit societatem, si de capitali nihil participaret & tamen periculum ejus sustinere cogere-
11. tur: quod * in societate, tanquam bonæ fidei contractu, in quo bona fides præ cæteris exuberare debet, admittendum non est.

12. Cui * opinioni minimè adversa est *l. cum duobus § 2. §. quidam sagiarum 4. ff. h. t.* ubi respondit Ulpianus JC, quòd, si unus ex sociis mercium comparandarum profectus in latrones incidens res proprias amiserit & perdiderit, damnum commune esse debeat.
13. Etenim * in casu proposito in *d. l. 52.* socius, qui res perdidit, non operam solum, sed etiam pecuniam suam contulit, meritò igitur
14. damnum

damnum commune esse debet: cum * quælibet res pereat suo domino, ideoque utrique socio *in d. l. 52.* perit. Quod * verò textus iste de casu loquatur, quo uterque socius pecuniam contulit in societatem, clarissimè apparet ex ipso textu, ibi: *suamque pecuniam perdidit: & ibi, resque proprias perdidit: atque ibi, sed & si quid in medicum impensum est, pro parte socium agnoscere debere, rectissimè Iulianus scribit.*

Quam * solutionem divinatoriam esse dicit Hunnius *in resol. ad Treutl. p. 1. disput. 27. th. 9. lit. A. q. 22.* Verum * si res pensiculiùs paulò ponderetur, apparebit ipsum Hunnium potius divinari, quando dicit: oppositum textum loqui de casu quo unus contulit pecuniam, alter verò operam: quoniam * in dubio præsumendum potius est: pecuniam ab omnibus sociis in societatem collatam esse, quæ nulla planè est divinatio, sed præsumptio. Quoniam * igitur Hunnius contrarium non probat *ex d. l. 52.* contra eum præsumendum est & eum divinari concludendum. Videamus * autem ipsam Hunnii ad nostram solutionem datam exceptionem: dicit quòd diversus sit casus in opposita *l. 52. §. 4.* à data nostra solutione: quia sit ubi non utrinque collata pecunia in societatem, sed ubi socius propriam pecuniam suam, quam in societatem non contulit, perdidit; Ergò * procedere non possit solutio nostra. Quæ sanè * exceptio Hunnio plus nocet, quàm ipsi prodest: si * enim diversus est casus *in d. l. 52.* propositus à nostro casu, dum nos quærimus de pecunia in societatem collata & destinata, etiam diversum jus in eo obtinebit, & sic *d. l. 52.* nobis malè opponitur. Et * concedere possemus diversum casum, nimirum illum *in d. l. 52.* proponi: quo socius pecuniam propriam in societatem non collatam perdidit, cujus damnum ideò commune esse debet: quoniam sc. socius pecuniam illam in utilitatem societatis vertere voluit; ideoque pro parte damnum tanquam dominus sustinet; pro altera verò parte id alter socius sustinere debet: cum * id consocius ex tacito ejus mandato mercium sc. comparandarum gratià expendere voluerit; licet in societatem collata non fuerit: socii * enim dicuntur habere invicem tacitum mandatum à lege, ad faciendum ea omnia, circa quæ est expressè contracta societas *l. 1. §. fin. & l. seq. ff. d. exercit. act. Alexand. d. Imol. consil. 186. n. 3. vol. 2. Johann. Grivell. decis. Dolan. 116. n. 4. Berlich. pract. conclus. 74. n. 146. p. 1.*

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

28.

29.

30. Ergò * in casu posito ab Hunnio socius, qui perdidit pecuniam suam, partem ejus tanquam ex mandato à consocio consequitur.
31. Verùm * aliter comparatum esse videtur in pecunia in societatem expressè collata, quo casu, quoniam conferens de periculo per pactum sibi expressè non prospexit nec cavit, præsumitur, eam suo esse periculo voluisse. Sive * igitur *d. l. 52. §. 4. de casu*, quem Hunnius ponit accipiamus, sive de casu, de quo nos eam intelligimus, res ad idem effectûs ratione redit: ut ideò opinioni nostræ planè nihil officiat.
33. Subjicit * Hunnius *d. l.* & dicit: posito eo, quòd pecunia amissa fuerit communis ab utroque socio in societatem collata, quia tamen præter operas, quas perdit alter, etiam damnum pecuniæ utrinque collatæ sustinet; multò magis dicendum sit, damnum illum sustinere pecuniæ, quam alter solus in societatem contuit. Verùm * illa argumentatio hûc quadrare non potest: nam ideò operam conferens damnum pecuniæ juxta *d. l. si non fuerint 29. ff. h. t.* pro rata sustinet, quia ejus dominus est; qualibet verò res suo domino perit: cùm * igitur uterque socius dominus sit pecuniæ in societatem collatæ, etiam utriusq; periculo erit. Neque * impedit, quòd alter præter operas pecuniam contulit: vel * quia in lucro dividendo ejus ratio haberi potest, vel * quia socii alternis vicibus operas præstare possunt, quò sc. æqualitas inter eos servetur.
39. Neque * etiam obstat nobis: quòd inæqualitas esse videatur inter socios, si pecuniam conferens solus periculum & damnum pecuniæ sustinere debeat. Etenim * nulla hîc est inæqualitas, sicut antè diximus: nam secundùm Cassium & Sabinum Jcc. in *d. l. si fuerint 29. §. 1. ff. h. t.* plerunq; tanta est industria socii, ut plus societati conferat, quàm pecunia. Ideòque * quoniam pecuniam conferens operas conferentem admisit ad societatem, neque super periculo pecuniæ quidquam pactus est cum eo, censetur operas ejus tanti æstimasse, quanti est pecunia.
42. Quæ * est communis Dd. opinio Accurs. Bartol. Bald. Castrenf. Angel. Sichard. in *l. 1. C. h. t.* Covarruv. *libr. 3. variar. resol. c. 2. n. 2.* Geil. *2. observat. 24. n. 3.* Petr. d. Ubald. *d. duob. fratr. p. 8. n. 42.* Petr. Binsfelt. in *comment. ad tit. d. usur. c. 19. q. 9. concl. 5.* Soarez. *commun. opinion. lit. S. n. 126.* Mantica. *d. tacit. & ambig. convent.*

convent. libr. 6. tit. 5. n. 7. & seqq. & tit. 21. n. 20. Mozz. d. contract. d. societ. tit. d. natur. societ. n. 11. Johann. Grivell. decis. Dolan. 38. n. 4. 8. & 9. Harppr. ad §. 1. & 2. h. t. n. 20. & seqq. Fachin. libr. 2. controuv. jur. c. 95. Dn. Knipfchilt. exercit. Academic. 10. q. 5. Bachov. p. 1. disput. 17. th. 9. lit. A.

Sed * tamen limitatur eadem opinio: I. ut procedat, nisi pactum sit inter socios, ut damnum pecuniæ perditæ ad utrumque tam pecuniam quam operas conferentem pertinere debeat: quod * pactum validum esse; constat ex *d. l. 29. ff. h. t. & tradunt post Martinens. consil. 36. Mozzius d. contract. tit. d. accident. societ. n. 7. Covarruv. & Grivell. dl. ll.*

2. Limitatur * hæc opinio nostra in casu, quo in animalium societate ea socio æstimata data fuere: quo casu periculum eorum ad utrumque socium æqualiter spectat: per * textum manifestum in *l. cum duobus § 2. §. damna 3. ff. h. t.* ubi respondit Ulpianus IC. quod, si pecus æstimatum datum sit, & id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum sit, si nihil dolo aut culpâ acciderit ejus, qui æstimatum pecus acceperit: quod si à furibus surreptum sit, proprium ejus detrimentum: quia custodiam præstare debuerit, qui æstimatum acceperit. Idemque * probat *l. si tibi area 13. eod. tit. Petr. d. Ubald. d. p. 8. n. 21.* Nam * hoc casu, licet dominium translatum non sit, tamen communicatum est: proinde periculum animalium ad utrumque socium spectare meritò debet. Quod * tamen secus est, si inæstimata data fuerint animalia. *Mozz. tit. d. reb. in quib. cad. potest societ. vel non n. 9. Joseph. Ludovic. decis. Perusin. 10. p. 1. Grivell. d. decis. 38. n. 11. & n. 26.*

Cæterum * illud pactum, ut pecunia vel res conferenti in salvo manere & periculum ad accipientem pertinere debeat, tanquam societatis contractui adversum pro illicito habetur ideoque recipientem minimè obligat, sed eo non obstante damnum ad socios æqualiter pertinet. Etenim * leges societatis id non patiuntur, ut quis commodum & lucrum percipiat, damnum autem nullum penitus sentiat. *d. l. cum duobus § 2. §. quidam sagiariam 4. h. t. Chassanæ. in consuet. Burgund. tit. des droicts & appartenances à gens mariez §. 23. gloss. 1. n. 66 Francisc. Viv. libr. 1. decis. 180. ubi præjudicium refert. Grivell. d. decis. 38. n. 13. & 24. Doctor Marta in Digest. noviss. verb. societ. c. 38. t. 3. Stephan. Gratian. in disceptat. forens. c. 589. n. 11.*

Quod

43.

44.

45.

46.

47.

48.

49.

50.

51.

§ 2.

Quod * idem tamen Hartmannus Pistorius *quæst. jur. libr. 3. d. q. 1. n. 31.* iudicis arbitrio relinquit: possit enim secundum varias negotiorum qualitates contingere, in quo vir bonus arbitretur, ejusmodi pactum in se æquitatem continere atque propterea validum

§ 3.

esse. Quod * exemplo declarat Pistorius in casu, quo industria alterius, qui operam confert, non æquivalet pecuniæ ab altero collatæ, neque adeo ille secundum societatis æquitatem dignus sit dimidiâ lucris parte, sed fortè tertiâ vel quartâ: hinc si dimidia illi concederetur, non iniquum esset, eum vicissim hoc nomine suscipere periculum pecuniæ, ab altero collatæ: cum ipsi dimidia lucris pars constituatur, veluti in pretium periculi suscepti: & * sic ad hunc etiam casum rectè accomodetur dispositio *d. l. 29. §. 1.* Quod & sentiunt Petr. *d. Ubald. d. duob. fratr. 4. part. q. 1.* & Covarruv. *d. c. 2. n. 8.*

§ 4.

§ 5.

Sed * & hoc limitatur à Covarruvia, *d. l. n. 4.* Stephano Gratiano & Grivello *dd. ll.* in casu, quo præter pactum assècuracionis contractus intervenerit: ubi sc. pretium ratione periculi promissum

§ 6.

fuit. Quæ * omnia arbitrio iudicis committenda sunt, qui consideratâ quantitate pecuniæ collatæ & qualitate industriæ negotium ad æquitatis normam reducere potest; & tamen * videre debet, ne sub prætextu aliquo fraudibus & circumventionibus fenestra aperiatur.

§ 7.

Controversia I V.

Altero sociorum pecuniam conferente, altero operam præstante, pecunia finitâ societate dividenda non est.

Summaria.

Status controversiæ. n. 1. 2. & 3.

Autoris opinio stabilitur. n. 4. 5. 6. 7. & 8.

Obiectio. n. 9.

Solutio. n. 10. 11. 12. & 13.

Obiectio ex l. 29. §. 1. ff. h. r. n. 14.

Solutio. n. 15. 16. 17. & 18.

Obiectio ex l. 1. & l. 2. ff. h. r. n. 19.

Solutio, n. 20. 21. 22. & 23.

Opinio-

Opinionis hujus limitatio. n. 24. & 25.

Eadem opinio non solum statuto Wirtembergico confirmata est, sed etiam à Magni nominis Icc. defenditur. n. 26. & 27.

DE * eo etiam inter Dd. controversitur, An, si alter sociorum pecuniam conferat, alter verò operas, finitâ societate inter socios dividenda sit pecunia ista? Quæ * sanè controversia nihil difficultatis habere videtur, ut * ideò mirum sit, tot præstantes Jcc. inter quos præcipui sunt Accurs. Bart. Alberic. d. Rosat. in l. i. C. h. t. sicut & Covarruvias, lib. 3. variar. resolut. in affirmativam ejus sententiam concedere. Sanè * negativam sententiam probat l. cum duobus § 2. §. utrum ergò 2. versic. si in coeunda ff. h. t. ubi unus ex sociis pecus suam alii pascendum dederat, vel agrum colendum, quærendis in commune fructibus, & respondit Ulpianus: pecus & agrum ejus manere, cujus prius fuerat, nec communicari. Nam * pecunia non eâ ratione in societatem confertur, ut proprietas ejus protinus communicetur, sed usus ejus, commodum, utilitas. §. de illa 2. versic. nam & ita & c. ibi: & tamen lucrum inter eos commune sit. Et * natura societatis ea est, non ut transferatur dominium, sed communicetur. l. si tibi area 13. ff. d. præscript. verb. Si * etiam quò ad proprietatem communis esse deberet pecunia, in societatem collata, & finitâ societate dividi; tum certè inæqualitas exinde oriretur. Etenim * aut lucrum habent socii, aut nullum habent: si habent; tantum ei, qui pecuniam contulit de sorte, si non plus, decederet, quantum aliàs lucri consequi deberet; alter verò, qui operam contulit, & partem suam lucri haberet, & dimidiam partem sortis consequeretur. Si * verò nullum adesset lucrum ex societate, tum is qui operam contulit, partem sortis adipisceretur; alter verò qui pecuniam contulit, nullum lucrum haberet, sed præter interesse pecuniæ suæ collatæ etiam partem sortis amitteret: cujusmodi inæqualitas non admittitur in jure nostro. l. si non fuerint 29. §. Aristo 2. ff. h. t.

Neque * obstat: quòd is qui operam contulit, frustrà eam, si nihil de sorte collata consequi deberet, contulisset. Etenim * responderetur: operas loco interusurii esse, & sic interesse pecuniæ collatæ æquiparari; quamvis igitur perdiderit operas, tamen ars & industria, quæ forti collatæ æquiparatur, penes ipsum manet. Ergò etiam pe-

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12. cunia penes conferentem manere debet: aliàs manifesta inæqualitas esset. Et * ergò siue quæstū habeant socii ex societate, siue nullum habeant, utroque casu inæqualitas adest, nimirum ubi quæstum habent, operam conferens præter partem quæstus etiam partem sortis consequeretur: ubi * nullum quæstum habent socii: partem sortis operam conferens nihilominus consequeretur; pecuniam verò conferens & interesse pecuniæ & partem sortis amitteret.

14. Neque * obstat etiam id, quod tradit Ulpianus J.C. *in d. l. si non fuerint* 29. §. *ita coiri* 1. *h.t.* plerunq̃ue tantam esse industriam

15. socii, ut plus societati conferat, quàm pecunia. Etenim * respondemus incertum hoc esse: siquidem evenire potest, ut operam conferens plus damni societati inferat, quàm utilitatis adferat. Quod

16. * si verò pluris est opera conferentis pecuniâ conferentis, tum bene pacto fieri potest, ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum

17. verò commune sit: quod * tamen Cassius *in d. §. 1.* tum demum ad-

18. mittit, si tanti sit opera, quanti damnum est. Aliàs * verò pacto non interveniente, nec circumstantiâ hâc concurrente, inæqualitas omninò esset, si operam conferens de sorte participaret.

19. Sed * neque obstant *l. 1. & l. 2. ff. h.t.* ubi res in societatem collatæ continuò communicari dicuntur, etiam si traditio non in-

20. tervenerit, nam tacitè intervenisse ea censeatur. Etenim * *dd. l. de societate omnium bonorum* expressè loquuntur, in qua omnia bona hinc inde communicantur, tam quò ad usum, quàm quò ad

21. proprietatem: quod * ad particularem bonorum vel negotiorum societatem producendum non est: ista enim limitata est, illa verò limitata non est, sed universa bona & sic etiam proprietatem complectitur.

22. Tandem * nihil refragatur *l. 1. C. h.t.* ubi pecunia in societatem conferri dicitur; id verò reverà & propriè conferri videatur,

23. quod ratione proprietatis confertur. Respondetur * enim pecuniam *in d. l. 1.* ratione usus solùm conferri, & illud etiam propriè conferri dici, quod ratione usus solùm confertur.

24. Cæterum * si in societatis lege (*in der Gewerbsverschreibung*) aliter conventum esset inter socios & provisum, ut pecunia etiam ratione proprietatis collata esse deberet; aliter statuendum esset, quo casu finitâ societate dividi posse & debere sortem, juris ratio

ratio evincit, in d. l. 29. §. 1. & * contractus ex conventionem legem accipere, noti juris est: l. 1. §. si convenit ff. depositi cum simil. quam limitationem post Dd. à se allegatos tradit Andreas Geilius 2. observ. 24. n. 26. & seqq. in primis verò n. 5.

Quæ * sententia nostra non solum statuto Wirtembergico confirmata est, Fürstl. Wirtemberg. Landrecht. p. 2. tit. 6. §. Wann einer sein Par gelt &c. sed * etiam à magni nominis Jcc. defenditur. Bald. Castrenf. & Sichard. in d. l. 1. C. pro soc. Alexand. d. Imol. consil. 131. n. 3. vol. 5. Menoch. d. arbitrarij. cas. 125. Mantic. d. tacit. & ambig. convent. libr. 6. tit. 5. n. 20. Stephan. Gratian. in disceptat. forens. c. 360. n. 8. & 9. Johann. Grivell. decis. Dolan. senat. decis. 38. n. 16. Bernhard. Grævæ. conclus. 24. considerat. 1. libr. 2. Schneid. ad §. 2. h. t. n. 5. Fachin. libr. 2. contr. jur. c. 94. Harppr. ad d. §. 2. n. 26. & seqq. Richter. d. contract. d. disput. 11. th. 1. sub lit. 1. pag. 324. & seqq.

Controversia V.

Hæredes in societate non succedunt.

Summaria.

Societas morte socii finitur. n. 1.

Quæ huius ratio sit. n. 2. 3. & 4.

Quæ sententia procedit, etiamsi societati pactum de ea continuanda ab hærede adpositum fuerit. n. 5. & 6.

Objectio ex l. 65. §. 9. ff. h. t. n. 7.

Solutio. n. 8. & 9.

Objectio ex l. 63. §. 8. ff. h. t. n. 10.

Solutio. n. 11. 12. & 13.

Quæ est communis & recepta opinio. n. 14.

Et ampliatur, licet iuramentum intervenerit. n. 15. 16. & 17.

Contraria Ioh. Fabri, Surdi & Seraphini sententia à Dd. magis communiter reprobata & nostra in praxi recepta est. n. 18. 19. 20. & 21.

Prima opinionis huius limitatio in vectigalium aliarumq; publicarum rerum societate. n. 22. 23. 24. 25. & 26.

Secunda limitatio in casu, quando testator hæredem ad tempus in hæreditate manere iussit. n. 27. 28. & 29.

Sublimitatio huius. n. 30.

Tertia limitatio: quòd hæres negotia defuncti perficere teneatur. n. 31. & 32.

Quarta & ultima limitatio, ratione lucrorum & emolumentorum. n. 33. & 34.

SOcietatem * morte unius socii solvi & finiri; traditum est à Justiniano Imperatore in §. solvitur s. h. t. & responsum in l. socium

60. in fin. pr. l. si societatem 4. §. 1. l. verum 63. §. ult. l. actione 65. §. morte 9. ff. eod. tit. Ratio * est: tum quod societas cum incerta persona contrahi non possit: qui enim societatem contrahit personæ industriam eligit. Tum * quod nemo invitus in societate detineri cogatur. l. ult. C. comun. divid. Tum * quod societas in æternum coiri non possit. l. nulla societas 70. ff. h. t. Capic. decis. 174. Olasc. decis. 156. n. 1.
2. Quod * in tantum verum est, ut, etiam si socii societatis contractui pactum adjecerint, ut hæredes quoque in ea succedere debeant; tamen nec hæredes inviti ad suscipiendam vel renovandam societatem cogi, nec hi ab invitis sociis admitti debeant. l. nemo potest 35. ff. h. t. ubi respondit Ulpianus JC. quod nemo possit societatem hæredi suo sic parere, ut ipse hæres socius sit. Cui * consentit Pomponius JC. in l. adeo 59. pr. eod. tit. ubi respondit: adeo morte socii solvi societatem, ut nec ab initio pacisci possimus, ut hæres etiam succedat societati.
3. Neque * opinioni nostræ refragatur d. l. actione 65. §. morte 9. ff. h. t. in qua respondit Paulus JC. morte unius socii solvi societatem, etsi omnium consensu coita sit: nisi in cœunda societate aliter convenerit; ne hæres socii succedat. Etenim * pactum hoc, ne morte unius solvatur societas, operatur respectu sociorum, qui adhuc in vivis sunt, non verò respectu hæredis: statim enim in d. §. 9. excipitur hæres, quod in hæreditate non succedat. Adeoque * pactum adpositum societati, ne morte unius solvatur, operatur, ut reliqui socii in societate nihilominus manere debeant, quæ aliàs morte unius finita erat.
4. Non * adversatur etiam l. verum 63 §. in hæredem 8. ff. eod. tit. ubi ait Ulpianus JC. quod hæres socius non sit, nisi adscitus fuerit.
5. Hoc * namque non ita accipiendum est, ut tum ad societatem admittatur hæres, si ab initio ita pactum inter socios; sed si post mortem socii à consociis adscitus sive admissus fuerit. Quoniam * enim hoc generaliter dicitur ab Ulpiano, secundum alias leges, hæredem à societate excludentes, ita intelligendum erit.
6. Quam * opinionem veluti communem & receptam defendunt Francisc. Cardinal. Mantic. d. tacit. & ambig. convent. tit. 24. libr. 6. n. 12. & seqq. Mozz. d. nat. societ. n. 28. Doctor Marta in Digest. noviss. verb. societas c. 16. 17. 18. 19. & c. 39. tom. 3. Steph. Gratian. disceptat.

disceptat. forens. c. 547. n. 36. & 63. & c. 276. n. 3. & seqq. Johann. Grivell. decis. Dolan. 8. n. 16. Treutler. p. 1. disput. 17. th. 9. lit. A. ibiq. Bachov. & Hunn. Marchisell. quæst. practicar. q. 22. n. 12. Decian. respons. 22. vol. 3. Cujac. libr. 10. observat. c. 25. & in comment. in libr. 32. Pauli ad Edict. Harppr. ad d. §. 4. n. 16. & seqq. Dn. Knipschilt. exercit. Academic. d. disput. 10. q. 3. p. 354. Bronchorst. évangelio φαν. assert. 84.

Ampliatur * autem eadem opinio, ut procedat: etiam si societati juramentum à sociis adpositum fuerit: hoc enim juramentum tanquam personale socios non hæredes obligat. Juramentum * etiã obligatorium non est, sed pro illicito habetur, ubi interesse Reipublicæ versatur. At * verò interesse Reipublicæ hîc verti videtur: siquidem communio discordias parere solet, præsertim si quis vel invitus in communione vel societate succedere, vel ab invitis in eam recipi deberet: quas præcaveri & tolli Reipublicæ interesse videtur. Vnde * tale juramentum tanquam contra bonos mores obligatorium non esse; tradunt Curt. sen. consil. 52. n. 10. Aym. Cravet. consil. 875. n. 2. in fin. Gratian. d. c. 276. n. 7. Et * quamvis Joh. Petr. Surd. consil. 20. n. 19. Johann. Fab. ad d. §. solvitur h. t. & Seraphin. d. privileg. jurament. 57. per tot. contrarium teneant; tamen * Dd. magis communiter pro nostra opinione concludere; tradit Mantica. d. tacit. & ambig. convent. libr. 6. tit. 20. n. 19. ut proinde subjiciat Seraphinus d. l. in fin. durum * & difficillimum esse, contra eam in judicijs obtinere. Et * quod hæc verior & receptior sit opinio; post Dd. à se allegatos testatur quoque Grivell. d. decis. 8. n. 16. & 17. Geil. 2. observat. 24. n. 7. Francisc. Marc. decis. 211. n. 3. Anton Tessler. decis. Pedemontan. 242. n. 3.

Verum * limitatur eadem opinio nostra, quando diximus ne pacto quidem effici posse, ut hæres in societate succedat: i. in societate vectigalium, in qua vigore pacti contractui adjecti succedere hæredes; responsum est in d. l. verum 63. §. in heredem & in d. l. adeo morte 59. pr. ff. h. t. Quod * etiam in aliarum publicarum rerum societate verum esse, dicunt Grivell. d. l. n. 19. & Gratian. d. l. n. 10. Ratio * autem limitationis hujus à Gratiano hæc assignatur: quòd tales societates, postquam contractæ, sint necessariae, & non pendeant à libera voluntate, ideoque ad hæredes transeant. Quod * si tamen locatio unita sit societati, tum etiam absq; pacto

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26. succedere hæredes ; tradit Gratianus *d.l. n. 63* , & Grivell. *d.l. n. 24*. per textum in *l. viam veritatis* 10. C. *locat.* Modò * ab initio contractus locatio intervenerit , non ex postfacto. Gratian. *d.l.*
27. 2. Limitatur * opinio nostra , ut hæres in societate manere cogatur , quando testator hæredes in societate manere jusserit : *l. si qui ita sunt instituti* 4. ff. *d. condit. instit.* si * sc. eos usq; ad certum tempus in communione manere jusserit ; cæteroquin si in perpetuum , jussus invalidus est. *l. in hoc judicium* 14. §. *si conveniat* ff. *commun. divid.* & ibi Costal. Paul. d. Castr. & Jason. in *l. si non sortem* §. *si centum* ff. *d. condict. indebit.* Et * ita à Senatu Pedemontano decisum esse ; refert Tessaur. *decis.* 242. Mart. *d. c.* 16. & 18. Quod * sublimitatur ita : ut , licet ab initio fieri non possit pactum de continuanda ab hæredibus societate , sed ex postfacto unus ex sociis sive contractu sive testamento obligare hæredes , ut continuent societatem ; non tamen confocii eos in societatem recipere teneantur. Grivell. *d. c.* 8. n. 18.
31. 3. Limitatur * quòd , etiam si hæres socii socius non sit , tamè
32. negotium à defuncto cœptum perficere teneatur : nam * quæcun-
que geruntur prioris negotii explicandi causâ nihil refert , quo tempore consummentur , sed quo tempore inchoarentur. *l. nam & servitus* 21. §. *si vivo* 2. ff. *d. negot. gest.* *l. hæres socii* 40. ff. *h. t.* Gratian. *d. c.* 276. n. 41. & 42. Grivell. *d. l. n.* 8.
33. 4. Et * ultimò limitatur hæc sententia nostra : quòd , licet jus societatis in hæredes non transeat , tamen hæredes post mortem socii lucra & emolumenta præsertim ex re communi percepta consequantur. *l. 3. C. h. t.* Sicut * namq; hæredes damnum agnoscere tenentur ; *d. l. verum* 63. §. *in heredem* ff. *h. t.* ita etiam emolumentum successoribus esse debent. Grivell. *d. decis.* 8. n. 2. 3. 4. 9. 21. 22. & 23.
- 34.

Controversia VI.

Solâ decoctione societas non solvitur.

Summaria.

Publicatione bonorum societas solvitur. n. 1. & 2.

Et bonorum cessione solvitur ea. n. 3. 4. & 5.

Solâ decoctione tamen non solvitur. n. 6. 7. & 8.

Limitatio in casu , quo manifestò constat decoctori nihil reliqui esse. n. 9.

De

De qua egestate accipitur *l. 4. ff. h. t. n. 10.*

Iudicis arbitrium circa hoc. *n. 11.*

Quæ limitatio practica est. *n. 12.*

Sententia nostra communiter à Dd. recepta est. *n. 13.*

INter * modos, quibus solvitur societas, refertur publicatio bonorum in §. *publicatione 7. h. t. & d. l. actione 65. §. publicatione quoq. 12.* si sc. universa bona publicentur: nam si pars tantum, manet societas. *d. §. 7.* Ratio * est: quòd, cùm in locum ejus alius succedat, Fiscus scil. socius pro civiliter mortuo habeatur. *d. l. 65. §. 12.* Eadem * ratione cessione quoque bonorum solvitur societas: ut si quis ex sociis mole debiti prægavatus bonis suis cesserit & idèd propter publica & privata debita substantia ejus veneat: nisi hoc casu adhuc consentiant socii in societatem: tum enim non a societas incipere videtur: ita tradente Justiniano Imperatore in §. *item si quis 5. h. t. & Paulo JC. in d. l. societatem 65. §. 1. ff. eod. tit.* Ratio * eadem videtur hîc esse, quæ est publicationis bonorum, nimirum interitus rei: nam societas est rerum & bonorum societas. Rebus * itaque veluti materiâ sublatis & peremptis, etiam societas perimitur.

Sed * de solâ decoctione controvertitur hîc, An eâ solvatur societas? Et * non solâ decoctione, sed bonorum cessione eam dissolvi; ex *d. §. 8. h. t.* manifestò satis constat, ubi Justinianus ad hoc, ut solvatur societas, bonorum propter publica & privata debita distractionem & cessionem requirit. Ergò * non solâ decoctione societas solvitur.

Quòd * si tamen propter summam egestatem ita quis decoxerit, ut manifestò appareat, ei in bonis nihil reliqui remansisse; societatem solvi, ratio evincit: posset * enim de interitu rei etiam absque cessione bonorum constare. Et * sic accipimus *l. societatem coire 4. in fin. ff. h. t.* ubi egestate dissociari societas dicitur. Quod * iudicis arbitrio rectè relinquitur: qui arbitrari potest, an tanta sit egestas, ut solvi debeat societas. Atque ita in consilio Neapolitano decisum esse; refert Vincentius *d. Franchis. decis. Neapolit. 299.* Marta in *Digest. noviss. verb. societas c. 36.*

Quam * opinionem nostram tanquam communem tenent & defendunt Angel. Aretin. in *d. §. solvitur 8. h. t. Paril. consil. 82 n. 40. & seq. Petr. d. Anchor. consil. 400. & 72. Bonvenut. Strach. d. deco-*
tionibus

etoribus tit. 1. p. 2. n. 47. p. m. 351. & seqq. Mozz. quem. annulet. vel solvat. societ. n. 6. Harppr. ad d. §. 8. n. 47. & seqq. Treutl. p. 1. disput. 17. th. 11. lit. C. ibiq. Bachov. & Hunn.

Controversia VII.

In contractu societatis levis culpa præstanda venit.

Summaria.

Fundamenta opinionis nostræ. n. 1. usq. ad n. 12. inclusive.
 Obiectio ex l. 25. §. 16. ff. famil. erisc. n. 13. 14. 15. 16. & 17.
 Solutio. n. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. & 25.
 Obiectio ex l. 32. ff. deposit. n. 26. 27. & 28.
 Hunnii & Harpprechti solutio. n. 29.
 Quæ non acceptatur. n. 30. 31. 32. & 33.
 Autoris solutio. n. 34. 35. 36. 37. 38. & 39.
 Instantia ex §. fin. h. t. & l. 72. ff. cod. tit. n. 40. & 41.
 Solutio. n. 42. 43. & 44.

1. **Q**Uam * culpam socii sibi invicem præstare teneantur, de eo olim quæsitum fuisse; tradit Justinianus Imperator in §. socius fin. h. t. dicens: prævaluisse etiam culpæ nomine teneri socium.
2. Culpa * autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda sit: sufficiat namque talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Vbi * culpa neque delata neque de levissima accipienda est. Etenim * cum quævisset
3. Imperator in pr. d. §. fin. utrum socius socio eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, quærit an etiam culpæ. Quam * deinde culpam ita explicat, an etiam desidie & negligentie nomine teneatur socius: quæ sanè verba sicut non lata; ita nec levissima sed levi culpæ opponuntur in §. prætereà 3. instit. quib. mod. re contrahit. obligat. ibi: sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit, culpæ autem nomine, id est desidie ac negligentie non tenetur &c. Levissima * vero culpæ vel exacta vel exactissima diligentia opponi solet: veluti in §. item is 2. cod. tit. ibi: at is qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodienda rei præstare jubetur: nec sufficiat ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam & suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire &c. Et * in §. 1. instit. d. obligat.
- 4.
- 5.
- 6.
- 7.

obligat. quæ quasi ex contr. &c. ibi: quocasu ad exactissimam quisq; diligentiam compellitur reddere rationem: nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet: si modò alius diligentior eo, commodius negotia administraturus esset. Ex * quibus constat: id quod de culpa in societate præstanda dicit Justinianus in d. §. fin. h. t. de levi culpa omninò accipiendum esse: in primis * verò quoniam Imperator in d. §. fin. exactissimam diligentiam ab hac culpa excludit, dum dicit: culpam ad exactissimam diligentiam dirigendam non esse. Quod * & respondit Gajus J. C. in l. socius 72. ff. eod. tit. Atque * convenit regula, (juxta quam omnes ejusmodi controversiæ decidendæ) tradita in l. si ut certo 5. §. 2. ff. commodat. & in l. contractus 23. ff. d. R. I. quòd, ubi utriusq; contrahentis utilitas versatur, levis culpa præstanda sit: veluti in empto, in locato, in dote, in pignore & in societate, sicut in dd. ll. subjicitur. Alia * adhuc ratio traditur in d. §. fin. & d. l. 72. quòd is, qui parùm diligentem sibi socium adsumit, de se queri & sibi hoc imputare debeat.

Objicitur * hîc l. hæredes 25. §. non tantum 16. ff. famil. ercisc. ubi respondit Paulus J. C. quòd non tantum dolum sed & culpam in re hæreditaria præstare debeat cohæres, quam culpam deinde in sequentibus explicat J. C. de levi culpa: quoniam * subjicit, non eam diligentiam præstare debere cohæredem, qualem diligens paterfamiliâs sed talem, qualem in suis rebus adhibere solet. Rationem * autem annectit Paulus: quòd non contrahimus cum hærede, sed incidimus in eum & ita nos res cum eo conjungit, non consensus. Ex * quo argumentantur nonnulli: in societate, in qua consensus conjungit socios, non levem sed latam duntaxat culpam præstari: in primis * verò, quòd in d. §. fin. & d. l. 72. habeatur: quòd is, qui parùm diligentem socium sibi acquirit, sibi hoc imputare debeat, veluti antè dictum fuit.

Verum * respondemus ad hoc argumentum: quòd hæc non sola sit ratio, quòd is, qui parùm diligentem sibi socium admittit, sibi hoc imputare debeat; sed aliæ & quidem magis principales concurrant rationes: illa * sc. quòd utriusque contrahentis gratiâ hic contractus ineatur: in cuiusmodi contractibus levem culpam præstari, certi & expediti juris est. d. l. 5. & d. l. 23. Et * deinde si in societate, quam non res sed consensus facit, lata solùm culpa præstari debet; & in altera, quam ipsa res facit, eadem lata non

21. levis culpa præstanda sit : licet * enim socios hosce res conjunxerit; tamen socii causam gerendi habent : proprium namq; rem & negotium agunt, ut proinde non solum talem diligentiam adhibere præsumantur, qualem rebus propriis adhibere solent; sed etiam dicendum videatur, præter dolum & latam culpam, aliam eos præstari non teneri : cum * quilibet rerum suarum moderator sit & arbitor, etiam abutendo. *l. in re mandata 21. C. mandat.* Atque * hæc ipsa ratio, quod sc. socii causam habeant gerendi *in d. l. 25. §. 16. ad*
22. *excludendam levissimam culpam adsignatur.* Quamvis * igitur
23. *in societate, in qua socios non tam consensus, quam potius ipsa res*
24. *fecit, illa ratio in d. §. fin. & d. l. 72. non concurrat; tamen illa con-*
25. *currit : quod socii causam gerendi habeant : & * licet in d. §. fin. &*
- d. l. 72. imputari possit socio, quod parum diligentem socium ad-*
- sciverit; tamen quia principalis ratio in utraq; societate concurrat*
- & obtinet; ideoq; idem juris utrinque statuendum erit.*
26. Objicitur * etiam *l. quod Nerva 32. ff. deposit.* ubi post Ner-
vam JC. respondit Celsus IC. quod, si quis in deposito non ad suum
modum curam præstet, fraude non careat : quia salvâ fide non mi-
norem iis, quam suis rebus, diligentiam præstare debeat. Ex * quo
inferendum & concludendum videtur : in societate quoque latam
culpam solum præstari debere : quia * & in hac sufficit, si quis talem
diligentiam adhibeat, qualem rebus propriis adhibere solet. *d. §. fin. & d. l. 72.*
27. Quem * nodum quidam Dd. inter quos est Hunnius *libr. 3. variar. resolut. jur. civil. tract. 7. p. 3. q. 3. in fin.* & Harpprecht. *ad d. §. fin. h. t. n. 65.* ita solvunt : quod lata culpa est in deposito, id levem
esse culpam in societate. Quæ * solutio non placet : sicut enim do-
lus est & manet dolus, in quocunq; contractu committatur; ita
etiam culpa lata, quæ dolo in civilibus æquiparatur, *d. l. 32. & l. in*
28. *lege Cornelia 7. ff. ad L. Cornel. d. sicar.* item levis & levissima : quem-
29. *admodum * enim dolus ab animo & proposito æstimatur alterius*
30. *decipiendi, ita etiam culpa ab industria, quæcunq; illa sit, sive le-*
31. *vis sive levissima. Diversitas * igitur contractuum naturam doli*
32. *& culpæ hætenus mutare non potest, ut lata culpa in alio contra-*
33. *ctu sit levis vel levissima; sed * hoc bene, ut pro contractuum di-*
- versitate juxta d. l. si ut certo 5. §. 2. & l. contractus 23. interdum do-*
- lus, interdum culpa levis, vel levissima præstanda veniat.*

Nobis * igitur illa nodum hunc solvendi commodior vide-
 ture esse ratio: quòd diligentia, quã quis reb⁹ propriis adhibet, confi-
 rari possit vel in abstracto, vel in concreto: illa * est ad communem
 omnium hominum diligentium modum, qualem sc. diligentes ho-
 mines rebus suis communiter adhibere solent; hæc * verò non est
 ad communem, sed ad modum, quem quis in individuo rebus suis
 adhibere solet, qui respectu aliorum hominũ deses & ignavus esse
 possit: hæc * sufficit in deposito; illa verò in societate requiritur.
 Quæ * diligentia consideratio in ipsis textibus adductis fundata
 est: nam in d.l. 32. illa habentur verba: *nam & si quis non ad eum
 modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum
 modum curam in deposito præstet, fraude non caret.* Quibus * sanè
 verbis ista diligentia consideratio in abstracto & concreto manife-
 stissimè adstruitur.

Neque * hîc instare quis possit ex d. §. fin. & l. 72. h.t. ubi illa
 habentur verba: *sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus ad-
 hibere, qualem suis rebus adhibere solet: quia qui parum diligentem sibi
 socium acquirit, de se queri debet.* Ubi * eadem illa distinctio inter
 abstractum & concretum inculcari videtur: ut ideò eadem ratio
 idemq; jus tam in societate quàm deposito obtinere videatur. Re-
 spondemus * enim in d.l. 32. diligentiam latæ culpæ opponi; in d.
 §. fin. & l. 72. verò levissimæ culpæ: quasi * dicere voluerit ibi IC.
 in societate eum de se queri & sibi imputare debere, qui non dili-
 gentiorem socium sibi quæsierit & adsumpserit. Quòd * verò in
 d. §. fin. & d. l. 72. levissimæ culpæ opponatur diligentia; ex ipsis tex-
 tibus clarissimè apparet, ibi: *culpa autem non ad exactissimam diligen-
 tiam dirigenda est.* Addat. Bachov. ad d. §. fin.

Controversia VIII.

*Socius tam personam socij quàm bona
 ejus obligare potest.*

Summaria.

Socius nomine societatis contrahens socios obligat. n. 1.

Et sic intelligendum est Pauli responsum in l. 27. & in l. 12. ff. h.t. n. 2. & 3.

Opinio nostra ulteriùs probatur. n. 4. & 5.

Vt socius socium obligare possit, quæ requirantur. n. 6.

Socius non solum personam, sed etiam bona socii obligare potest. n. 7. 8. & 9.

Socius socium in solidum obligare nequit, sed pro quantitate in societatem collata. n. 10. & 11.

Triples ejus limitatio. n. 12. 13. 14. 15. & 16.

An obligare possit socius socium in solidum, ratione quantitatis in obligatione comprehensæ, controversum est, ubi Geilii & D. Martæ dissentientium sententia. n. 17. 18. & 19.

Autoris affirmativa sententia probatur. n. 20. 21. & 22.

Geilii objectio ex l. 24. ff. h. t. n. 23.

Solutio. n. 24.

Objectio D. Martæ. n. 25.

Solutio. n. 26. & 27.

Principalis controversiæ nostræ prima limitatio. n. 28.

Secunda limitatio. n. 29.

Tertia limitatio. n. 30.

Quarta limitatio. n. 31.

Socius à socio conveniri non potest, nisi administratore prius excussio. n. 32. & 33.

1. Socius * cum aliis contrahens societatis nomine omnes socios obligat, secus cum nomine proprio contrahit. l. jure societatis 82. ff. h. t. ubi respondit Papinianus JC. jure societatis per socium ære alieno socium non obligari: nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint. Bald. in l. si patruus C. commun. utriusq. judic. col. pen. Alex. d. Imol. consil. 139. col. fin. vol. 5. Vincent. Caroc. decis. 2. n. 14.
2. Petr. Sanz. d. divis. bonor. libr. 2. c. 4. n. 1. Quomodo * accipiendum est Pauli JC. responsum in l. omne 27. ff. h. t. ubi respondit: quod omne æs alienum, quod manente societate contractum est, de communi solvendum sit. Et * ejusdem Pauli responsum in l. sed nec æs 12. eod. tit. ubi dicit: æs alienum, nisi quod ex quæstâ pendet, in rationem societatis non venire. Idemq; * probant textus in l. si unus 67. §. si unus & in l. cum duobus 52. aliàs si fratres §. si quis ex sociis eod. tit. Anton. Fab. in C. libr. 4. tit. 16. definit. 5. n. 4. & tit. 27. definit. 1.
3. Nam * socius à socio ex legis dispositione tacitum mandatum habere censetur, ad faciendum omnia ea, quæ societati utilitatem adferri poterunt. Vincent. Caroc. d. decis. 2. n. 11. Grivell. decis. 126. n. 5. Berlich. practicab. conclus. p. 1. conclus. 74. n. 146. & 147. Vnde
4. * eleganter tradit Anton. Tellaure. decis. 136. eumq; secuti Milan. decis. Sicil. 15. & Joh. Aloyf. Riccius in collect. decis. 1376. ut socius nomine socii conveniri possit, tria concurrere debere: 1. tacitum vel expressum mandatum, vel statutum: 2. quod societatis nomine
5. contra-

contractum sit: & 3. quod contrahens cum socio fidem omnium sociorum secutus sit.

Non * solum autem personam socii obligare potest socius, sed etiam bona ejus: si enim personam obligare potest, multo potius bona obligare poterit. *l. non debet cui* 21. ff. d. R. I. c. *cui licet d. R. I. in 6.* Hypothecaria * etiam actio est accessoria personalis obligationis; *l. contrahitur 4. ubi Bartol. & Dd. ff. d. pignor.* si igitur conceditur hic socio id quod est principale; etiam omne accessorium concessum ei videtur. *c. cum quid d. R. I. in 6.* Ut * vero realis hypothecaria actio à creditore, qui contraxit cum socio, adversus consocium vel possessorem institui possit, necessum est, ut obligata sint ipsa bona socii; alias non realis, sed personalis solum actio intentari potest. Joh. Petr. Surd. *decis.* 213. n. 8. Grivell. *decis.* Dolan. 90. n. 9.

In * solidum tamen socius socium obligare non potest: sed pro rata ejus quantitatis, quam in societatem contulit. Bartol. in *l. eandem* ff. d. *duob. reis* q. 7. Alexand. d. Imol. *consil.* 139. n. 1. vol. 5. Petr. d. Anchoran. *consil.* 332. col. 1. Paris. *consil.* 94. n. 28. vol. 1. Bonvenut. Strach. d. *contract. mercat.* n. 15. Mozz. d. *natural. societ.* n. 19. ubi hanc crebriorem & magis communem Dd. opinionem videri dicit. Petr. Sanz. d. c. 4. n. 19. Unde * tradit Gajus JC. in *l. nemo* 68. pr. ff. *h. t.* quod nemo ex sociis plus parte sua possit alienare, etsi totorum bonorum socii sint. Grivell. *decis.* 116. n. 3.

Quod * limitatur, quando socii unum ex se tanquam institutorem negotiationi praposuerunt, ut eam solus exerceret & administraret: quo casu contractus ejus omnes socios in solidum obligaret: quod * probat textus apertus in *l. si tamen* 4. §. *sed si plures* 1. ff. d. *exercit. act.* ubi respondit Ulpianus JC. quod, si plures exerceant, unum autem de numero suo magistrum fecerint: hujus nomine in solidum possint conveniri. Bartol. in *d. l. 4.* §. 1. Bald. in rubric. *C. d. exercit. act. circ. fin.* Petr. d. Ubald. d. *duob. fratr.* p. 9. pr. Mozz. d. c. n. 20. Petr. Sanz. d. c. 4. n. 19. D. Marta. in *Digest. noviss. verb. socius* c. 7. & c. 15. Octav. Cacheran. *decis.* Pedemon 150. n. 2. Quod * etiam tum procedit: quando socii promiscue negotiantur, modo hic modo ille. Ratio est: ne in plures distringatur, qui cum uno contraxit. *l. ne in plures* 2. ff. d. *t.* Surd. d. *decis.* 213. n. 1. Marta. d. *verb. socius* c. 6. Caroc. d. *decis.* 2. n. 12. Sicut * & tum obtinet: quando quilibet

16. sociorum pro sua parte negotiaretur: nimirum quando unus negotiaretur Norinbergæ, alter Argentinae vel Ulmæ: quo casu quilibet sociorum in solidum obligaretur: quia * Institores ad invicem esse viderentur; veluti ita in Regno Lusitano decisum esse; refert Alvar. Valasc. *decis.* 98. Mart. *d. c.* 8. Caroc. *d. decis.* 2. n. 15.

17. Verum * controversum hîc est: An casibus hisce pro quantitate in societatem collata in solidum obligentur socii, an verò quò ad totam summam sive quantitatem, in obligatione comprehen-

18. sam? Et * quidem Andreas Geil. 2. *observ.* 24. n. 9. statuit, pro quantitate solum in societatem collata in solidum obligari socios (Ein jeder für sein Antheil/ vnd so hoch sich eines jeden Capital vnnnd eingeworffene Hauptsomm erstreckt) D. Marta * verò in *Digest. novissim. d. v. socius. c.* 7. non solum pro Capitali, sed etiam pro lucro inde pro-

20. veniente in solidum teneri socios, censet. Nobis * verior videtur esse sententia: quòd pro ratione quantitatis, in obligatione con-

21. tentæ, in solidum teneantur socii: per * adductum textum, satis clarum in *d. l.* 4. §. 1. ff. *d. exercit. act.* ubi in solidum obligantur

22. socii, quorum nomine Magister præpositus contraxit. Is * autem in solidum obligari non videtur, qui pro certa duntaxat quantitate obligatus est.

23. Neque * facit quidquam pro Geilio *l. planè si* 24. ff. *h. t.* ubi commune periculum esse debet, cum ambo socii servum alterius

24. præposuerunt. Etenim * quòd ibi commune periculum esse dicitur, verum est respectu sociorum, inter se consideratorum, non autem respectu tertii, qui contraxit cum sociis: qui unum ex iis in solidum exigere potest, quod deinde exactus societati imputat & institutâ pro socio actione consequitur, & ita periculum commune erit.

25. Non * multum etiam urget ratio à D. Marta. *d. c.* 7. adducta: quòd sc. qui contrahunt nomine societatis de qualitate & quanti-

26. tate ipsius investigare debeant. Etenim * hoc facilius poterunt socii quàm extranei, qui antequàm ineant cum aliquo societatem; bona ejus, qualitatem & industriam inquirere & investigare possunt, proinde iis hoc nomine plus imputandum est, quàm extraneis creditoribus, si reliqui socii solvendo non sint: vel quòd hunc vel illum institorem negotiationi præfecerint. Quam * sententiam post

27. Bald. Salycet. Angel. Castrenf. Fulgos. Cumann. Abbat. Cardinal. Ale-

Alexandr. & Capr. à se allegatos defendit Surdus *d. c. 213. n. 8.* ubi ait: dissentientium opinionem procedere non posse, quando nihil in societate præter industriam ponitur, ut quando plures sunt unius vectigalis, vel aliorum bonorum conductorum socii, ubi nihil ponitur in societate, eo enim casu fraudarentur creditores. Eandemque opinionem tuentur Dd. antè allegati: quibus addi potest Treutler. *part. 1. disputat. 17. thes. 10. lit. C. ibique* Bachovius & Hunnius.

Quam * opinionem, ut socius socium obligare possit, porrò limitant Dd. 1. in societate uni⁹ mercaturæ sive negotiationis, ut secus sit in societate omnium bonorum. *d. l. jure societatis 82. ff. h. t.* Paul. Castrenf. *in l. 1. §. fin. circ. fin. ff. d. exercit. act. & consil. 242. colum. 1. versicul. secundò posito volum. 1.* Carocius *d. decis. 2. num. 14.*

2. Limitatur * in societate incidenti, ubi res non conventio socios facit: in qua socius alium inscium & invitum obligare non potest. *l. ex parte 39. §. filius 3. ff. famil. ercisc. l. proprium 5. in fin. ff. commun. præd. l. qui in aliena 6. ff. d. adquir. vel omitt. heredit.* Petrus Sanz. *d. c. 4. n. 18.*

3. Limitatur: * quòd socius socium indebito non obliget: quoniam mandatum ad recipiendum indebitum habere non præsumitur. Decius *consil. 98.* Caroc. *d. decision. 2. num. 24. versic. fin.*

4. Limitatur: * quòd socii modis antè dictis extraneis quidem creditoribus per socium in solidum obligari possint; non tamen sibi invicem in solidum obligentur. Bartol. *in d. l. eandem ff. d. duobus reis.* Decis. Genuens. 46. n. 3. Sanz. *d. c. 4. n. 26.* Et * quòd socius, qui non gessit, non possit conveniri à socio, nisi prius socio administratore, qui gessit, excusso; probat textus *in l. actione*

65. §. si communis 14. ff. h. t. ubi Fulgos. Socin. *consil. 24. n. 42.* Petr. Sanz. *d. c. 4.*

n. 24.

❧ (o) ❧

De

De MANDATO.

TITVLVS XXVII.

Controversia I.

Mandatum generale cum libera ea in se continet, quæ speciale aliàs mandatum requirunt.

Summaria.

Divisio mandati secundum Dd. in generale & speciale. n. 1.

Quid sit generale. n. 2.

Quid sit speciale. n. 3.

Subdivisio mandati generalis cum libera & sine libera. n. 4.

Quid sit mandatum cum libera & sine libera. n. 5.

Mandato generali sine libera non continentur ea, quæ speciale mandatum requirunt.

Mandato verò generali cum libera continentur. n. 7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

Objectio. n. 14.

Solutio. n. 15. 16. & 17.

Prima opinionis hujus limitatio. n. 18. 19. & 20.

Secunda limitatio. n. 21. 22 & 23.

Tertia limitatio. n. 24. & 25.

1. **M**andatum* dividunt vulgò Dd in generale & speciale. l. 1. § 1.
2. ff. d. procurat. Mozz. d. divis. mandat. n. 68. & 69. Generale* secundum eos est: quando cui quædam negotiorum universitas indefinitè & indeterminatè sine certa forma mandatur. l. si remunerandi 6. §. apud Iulianum 6. ff. h. t. l. procurator 58. & l. seq. l. procuratorum 63. ff. d. procurat. l. vero procuratori 12. pr. & l. qui hominem 34. §. si Titium 3. ff. d. solut. & liberat. Johann. Althus. in Dicaologic. libr. 1. c. 83. n. 41. Speciale* est: quo certa definita negotia cum præscripto & expresso modo & forma demandantur. l. diligenter 5. l. potest 41. ff. h. t. & l. generali 34. ff. d. rit. nupt. Althus. d. c. 83. n. 44. Mandatum* generale iterum duplex est: vel cum libera, vel sine libera.
3. Anton. Fab. in rational. ad. d. l. 58. Mandatum* cum libera est cum potestate libera pro arbitrio administrandi. l. creditor. 60. §. Lucius fin. ff.
- 4.
- 5.

fin. ff. h. t. d. l. 58. l. mandato 60. & l. procurator totorum 63. ff. d. procurat. l. quam Tuberonis 7. §. 1. ff. d. pecul. Althus. d. n. 41. quid jam mandatum sit sine libera, ex eo facile potest intelligi.

Illud * indubitatum est, mandato generali non contineri ea, quæ speciale requirunt mandatum; *d. l. mandato 60. ff. d. procurat. de ** mandato verò generali cum libera controversia est: An ea contineantur. Ubi * affirmativa sententia amplectenda est. Quæ probatur 1. quòd ad bonorum alienationem speciale mandatum requiratur. *d. l. procurator totorum 63. ff. d. procurat.* At verò procurator cum libera res alienare potest. *l. quâ ratione 9. §. nihil autem interest 4. ff. d. adquir. rer. domin. 2.* Ad * transactionem speciale mandatum necessarium est. *d. l. mandato generali 60. ff. h. t. c. per. tuas 9. x. d. arbitr. & c. qui ad agendum 4. versic. procurator quoq. d. procurat. in 6.* Atquin * procuratorem cum libera transigere posse; evincitur ex *d. l. procurator 58. ff. d. procurat.* Si * enim vi hujus textus exigere & permutare atque sic alienare potest procurator iste, etiam nihil prohibebit, quò minus transigere possit. 3. Vt * juramentum deferre possit procurator, necessum est, ut speciale mandatum habeat. *l. iusjurandum 34. §. 1. ff. d. jurejur. c. ult. d. jurament. calumn. in 6. clement. non potest 2. d. procurat.* At * verò procurator cum libera juramentum deferre potest. *l. iusjurandum 17. §. procurator fin. ff. d. t. ubi ad hoc, ut juramentum deferre possit procurator, requiritur: ut vel universorum bonorum administrationem sustineat, aut id ipsum speciatim mandatum sit.*

Cui * sententiæ nihil obstat: quod objicit Mozzius *d. divis. mandat. n. 55.* mandato cum libera matrimonium non contineri, in quo contrahendo speciale mandatum requiratur. Tum * quod speciale sit in matrimonio, propter summum præjudicium, quod hîc versatur. Tum * quòd mandato cum libera dato rerum administratio contineatur; matrimonium * verò ad rerum administrationem non pertineat. *l. in copulandis 8. C. d. nupt.*

Quæ * opinio nostra limitatur, 1. ut procedat, quatenus ex bona fide agit procurator. *d. l. creditor 60. §. Lucius fin. ff. h. t. ubi eleganter respondit Scævola JC.* quòd, si quid non administrandi animo sed fraudulenter alienasset vel mandasset is, cui libera omnium bonorum administratio commissa est, id quidem concessum sit; sed tamen quatenus res ex fide agenda sit. Neque * enim

Ssss

manda-

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

- mandato quantumvis generali & cum libera dolus permissus intelligitur. Anton. Fab. in *Codic. suo libr. 2. tit. 18. n. 5. in allegat.* Et * mandato isti semper tacita hæc inesse conditio censetur, quatenus res ex fide agitur. Dd. in *d. l. 60.* Andr. Schæffer. *quest. jur. p. 1. q. 3. n. 83. & 281.*
21. 2. Limitatur * opinio ista in iis, quæ domino magnum præjudicium crearent: Vincent. Caroc. *decis. 59. n. 29.* & * quæ dominus verisimiliter factururus non fuisset. *l. si fundum 35. l. si quis 46. d. l. 60. §. fin. ff. h. t.* Francisc. Cardinal. Mantic. *d. tacit. & ambig. convent. libr. 7. tit. 16. n. 8. & seqq.* Unde * donare non posse procuratorem cum libera, nisi speciatim hoc ei permissum fuerit; colligitur ex *l. filiusfamiliæ 7. §. item videamus 2. ff. d. donat.*
24. 3. Limitatur: * ut procurator cum libera indebitum recipere non possit: quoniam * hoc ei mandatum non censetur. *l. si procurator 6. §. 1. ff. d. condict. indebit.* Nicol. Mozz. *d. c. n. 62.*
- 45.

Quam * opinionem nostram amplexi sunt Bartol. Salycet. aliique Dd. in *d. l. 60. §. fin. h. t.* Aym. Cravett. *consil. 750.* Joseph. Mascard. *d. probat. conclus. 1308. n. 13.* Stephan. Gratian. *disceptat. forens. c. 216. n. 15. & 16.* Francisc. Cardinal. Mantic. *decis. 11. n. 5.* Don. Garf. Mastrill. *decis. 294.* Johann. Cöppen. *libr. 2. observat. §8. n. 9. & 10.* Harppr. *ad pr. h. t. n. 27. & seqq.* Hunn. in *resolut. in Treutler. p. 1. disput. 27. th. 5. lit. B. & C. q. 3.* Johann. Althus. *d. c. 83. n. 42.* Richter. *d. contractib. disput. 12. th. 2. sub lit. D. pag. 371.*

Controversia II.

Mandans alium vulnerari, cum expressa protestatione ne occideretur, ordinariâ L. Cornelia pœnâ non tenetur.

Summaria.

Qui alium occidi simpliciter mandavit ordinariâ L. Corneliae pœnâ tenetur. *n. 1.*

Quod non obtinet, si quis alium vulnerari ita mandavit, ne occidatur. *n. 2. §. 4. 5. 6. & 7.*

Obiectio ex *l. 38. §. 5. ff. d. pœn. n. 8.*

Solutio *n. 9. 10. & 11.*

Obiectio ex *l. 15. pr. ff. ad L. Cornel. d. sicar. n. 12.*

Solutio.

Solutio. n. 13.

Obiectio. n. 14.

Solutio. n. 15. 16. 17. & 18.

ILLE * quidem indubiè ordinariâ L. Corneliæ pœnâ tenetur, qui Titio simpliciter mandavit, ut Mævium vulneraret; Titius autem Mævium occiderit. Jul. Clar. *recept. sentent. §. fin. q. 89.* Verum * an idem dicendum sit & tùm, si mandans cum protestatione hac expressa Mævium vulnerari mandaverit, ne occideretur, difficilius est disquisitionis. Et * sanè æquius verius videtur, ne ordinariâ L. Corneliæ pœnâ, sed extraordinariâ puniri debeat. Nam * ut quis ordinariâ L. Corneliæ pœnâ possit puniri, dolus requiritur, nec lata culpa sufficit. *l. in lege Cornelia 7. ff. ad L. Cornel. d. sicar.* Et * qui hominem occidit, si non occidendi animo hoc admisit, absolvi posse; respondit Marcianus JC. *in l. 1. §. Divus Hadrianus 3. ff. d. t.* Sed * dolum homicidii perpetrandi intervenisse hîc, certè putandum non est: licet * enim mandans mandaverit Titio, ut vulneraret Mævium; tamen ne occideretur expressè prohibuit: quâ prohibitione à dolo utique liberavit se Titius, quamvis latæ culpæ expers non sit.

Non * obstat *l. si quis 38. §. qui abortionis 5. ff. d. pœn.* opposita à Bachovio *p. 1. disput. 27. th. 3. lit. G.* quòd hæc res sit mali exempli; Ergò videatur mandatum hoc ordinariâ homicidii pœnâ puniendum esse. Etenim * negatur consequentia; licet enim res hæc sit mali exempli, tamen non sequitur ordinariam pœnam hîc locum habere; sed hoc bene sequitur exinde: delictum * hoc puniendum esse; quâ pœnâ verò puniendum sit, hoc secundùm delicti qualitatem dijudicandum est. Quòd * enim *in d. l. 38. §. 5. si abortionis* aut amatorio poculo dato mulier aut homo perierit, pœnam ultimi supplicii locum habere, dicit Paulus JC. in delicto isto singulare est: proinde ad alios & diversos casus non extendendum.

Non * facit etiam pro Bachovio *l. nihil interest 15. pr. ff. ad L. Cornel. d. sicar.* ubi nihil interest, occidat quis, an causam mortis præbeat. Verum * enim hoc est, si quis ex malo & doloso proposito causam mortis præbeat; in nostro verò casu occidendi animus & sic dolus abest, & mandans non nisi per accidens mortis causam præbet, quod quò ad ordinariam pœnam infligendam non attenditur.

14. Nec * valida satis est illa à Bachovio adducta ratio : quòd
 15. mandans de occiso teneatur; eadē autē in delictis mandantis & man-
 16. datarii ratio sit. Respondetur * namque negando consequentiam:
 17. siquidem non sequitur : hic tenetur de occiso ; Ergò ordinariā pœ-
 18. nā plectendus venit : nam * & is, cuius latā culpā homicidium per-
 19. petratum est, de occiso tenetur ; non tamen ordinariā pœnā pu-
 20. niendus est. Eandem * hīc esse rationem mandantis & mandata-
 21. rii negandum est : hic enim in dolo est, ille verò in lata culpa dun-
 22. taxat : hic * dolosum occidendi animum habuisse ex facto præsu-
 23. mitur ; ille verò talem animum non habuisse præsumitur : quoniam
 occidi Mævium expressè prohibuit.

19. Sed * nec facit pro contraria Bachovii sententia *c. ult. d. ho-*
mucid. in 6. ubi statuit Bonifacius Pontifex : quòd mandans aliquem
 20. vulnerare irregularitatis pœnam incurrat, licet ne occidatur ex-
 21. pressè prohibeat. Nam * ibi ex Pontificis expressa constitutione
 22. quò ad irregularitatis pœnam infligendam, sufficit latam culpam
 23. intervenire. Sed * verò nos in aliis terminis versamur, in quibus
 24. expressa ejusmodi constitutio deficit. Ergò * constitutio illa, tan-
 25. quam odiosa & in aliis terminis loquens, extendenda non erit : se-
 26. cundum *c. odia d. R.I. in 6.* In primis * verò, quòd capitalis pœna
 istā irregularitatis pœnā longè gravior sit.

Quam opinionem defendunt Anton. Rosell. Francisc. d. capit.
 Listæ Angel. à Castro *inter consil. Bartolom. Veronens. consil. 35. 36. 37.*
 24. & 38. Dec. *consil. 482. n. 16. & consil. 622. circ. fin.* Quorum * opi-
 nionem tum probat Nicolaus Mozz. d. *divis. mandat. n. 80.* quando
 in potestate mandatarii est, non excedere fines mandati: quando sc.
 Sempronius mandavit Titio, ut verberaret Mævium baculo in hu-
 25. meris, iste vero eum in capite percuteret : quo casu dicit Sempro-
 nium ab ordinaria L. Coneliæ pœnā absolvendum esse. Idem * sen-
 26. tire videtur Didacus Covarruv. *in clement. si furiosus d. homicid. in 2.*
part. §. 1. n. 3. ubi hanc opinionem admittit : nisi percussio man data
 ostendat, voluntatem mandantis in homicidium directè ferri. Et *
 comprobatur Tiber. Decianus *in tract. crimin. libr. 9. c. 36. n. 11.* Carrer.
in practic. crimin. §. 5. n. 70. & 73. versic. tertio limita. Add. Joh. Cöppen.
observ. libr. 2. observ. 60. Harppr. *ad §. 7. h. t. n. 19. & seqq.* Fachin. *libr. 1.*
controvers. jur. c. 36. Treutler. d. *th. 3. lit. G. ibique Hunn. & variat.*
resolut. libr. 3. tract. 7. q. 5.

Controversia III.

Ex consilio mandati actio non nascitur.

Summaria.

A mandato differt consilium. n. 1. 2. & 3.

Ex consilio obligatio & actio non nascitur. n. 4.

Prima opinionis hujus limitatio. n. 5. 6. 7. & 8.

Secunda limitatio. n. 9. & 10.

Donelli & Hunnii solutio ad l. 6. §. 5. ff. h. t. improbatur & refutatur. n. 11.
usq. ad n. 22. inclusivè.

Tertia limitatio. n. 23. 24. 25. & 26.

Mandatum * differre à consilio, vulgò notum est & apparet ex §. tua tantum 6. h. t. & l. si remunerandi 6. §. planè 5. ff. eod. tit. Nam * mandatum vel mandantis vel tertii, vel mandantis & tertii, vel mandantis & mandatarii, vel tertii & mandatarii gratià contrahitur. §. 1. cum 5. seqq. h. t. At * verò consilium solius mandatarii negotium respicit. d. §. 6. Quocircà * non sicut ex mandato; ita etiam ex consilio obligatio nascitur & actio: cum cuique liberum sit apud se explorare, an expediat sequi consilium. l. mandatum 2. §. tua 6. & fin. ff. eod. tit. & d. §. 6. h. t.

Quæ * sententia limitatur 1. ut vera sit, nisi fraudulentum fuerit consilium: nam * consilium fraudulentum consultori suo damnosum, non utile esse debet: veluti respondit Ulpianus JC. in l. consilij 47. ff. d. R. I. & Neratius JC. in l. procurator 11. §. 1. ff. d. dol. mal. & met. except. & probant l. & eleganter 7. §. fin. cum l. seqq. ff. d. dol. mal. l. deniq. 3. §. socio 2. ff. d. minor Anton. Fab. in Codic. suo libr. 4. tit. 7. definit. 16. n. 2. in allegat. Quo * casu in dictis textibus de dolo actio nasci dicitur: licet * enim is, qui dat consilium non eventum; tamen fidem præstare debet. Bachov. ad §. 2. h. t. n. 1.

2. Limitatur: * nisi aliàs is, cui datum est consilium, contrarius non fuisset: atque * adeò consilium danstam fortibus & potentibus persuasionibus ad id induxerit consulentem, ut consilium secutus fuerit. l. si remunerandi 6 §. planè 5. ff. h. t.

Malè * autem hîc Donellus libr. 13. comment. jur. civil. c. 10. & eum secutus Hunnius in resolut. ad Treutler. p. 1. disput. 27. th. 5. lit. G. q. 14. & variar. resolut. jur. civil. libr. 3. tract. 7. p. 4. q. 2. d. l. 6. §. 5. de casu accipiunt, ubi consilium mandatarii & tertii gratià

12. datum fuit, & sic reverà mandatum intervenit: ut * ideò d. §. 5. &
 13. d. §. 6. h.t. circ. fin. de tali casu explicandus sit. Etenim * d. §. 5. nul-
 là ratione ex d. §. 6. explicari potest: cum uterq; §. de diversis casibus
 tractet: nimirum d. §. 6. de casu, quo non consilium, sed manda-
 tum intervenit, quando sc. mandatarii & tertii gratià intercessit
 14. mandatum; d. §. 5. verò perspicuè agit de consilio, quod mandata-
 rii solùm gratià datum fuit. Secundùm * sententiam d. §. 6. ideò
 datur mandati actio: quia mandatum mandatarii & tertii gratià in-
 15. tervenit: quod * deinde in fin. d. §. 6. limitatur, nisi aliàs facturus non
 16. fuisset mandatarius, si mandans non mandasset. Sed * secun-
 dùm sententiam d. l. 6. §. 5. ea ex causa mandati actio non datur: quòd
 in facti specie illius legis non mandantis, sed mandatarii solùm gra-
 17. tià mandatum erat; excipitur * 1. nisi interfuerit mandantis; & 2.
 18. etiamsi * mandantis non interfuerit, sed tamen facturus non esset
 19. mandatarius, nisi mandans mandasset. Ex * quo textu constat:
 quòd casus ibi propositus sit, ubi socius mandatarii non tertii gra-
 tià mandatum intervenit: cui duplex subjicitur limitatio, ut di-
 20. ctum est. Et * ergò cum de diversis casibus loquantur dicti textus;
 ideòq; unus ex alio eo modo explicari non potest, sed quilibet se-
 21. cundùm sensum suum accipiendus erit: & * quoniam d. §. 5. ma-
 nifestissimè loquitur de casu, quo solius mandatarii gratià manda-
 tum intervenit; ideòq; etiam exceptio illa, nisi aliàs facturus non
 fuisset mandatarius, nisi mandans mandasset, de tali casu omninq;
 22. accipienda est: siquidem * de regula debet esse exceptio. Atque *
 ita d. l. 6. §. 5. intelligit quoque Bartol. in l. saepe 53. ff. V. S. & in d. l.
 2. §. tua autem ff. h.t. ibiq; Salycet. & Wesenbec. in w. n. 7. Dec. in
 d. l. consilij 47. ff. d. R. I. n. 4. Dyn. in c. nullus 63. n. 2. & 3. d. R. I. in
 6. Menoch. d. arbitrar. cas. 351. Mozz. d. divis. mandat. circ. fin.
 Bachov. d. disput. 17. th. §. lit. G. & in comment. hic ad d. §. 2. n. 1. Hil-
 lig. in Donell. enucleat. d. c. 10. lit. I. in not. Harpprecht. ad d. §.
 6. n. 1. & seqq.
23. 3 Et * ultimò limitatur opinio nostra in delictis, in quibus
 consilium obligat; non quidem ita, ut inter consulentem & dan-
 tem consilium obligatio & actio nascatur; sed ut hic poenà extra-
 24. ordinarià plectendus veniat, & illi ad damni & interesse præstationē
 teneatur, in cujus perniciem datum est consilium: nam * in delictis
 consilium semper obligat; quoniam dolus in iis intervenit. l. 1. ff. d.

extraordin. crimin. l. si quis 9. §. sed questionis est 3. ff. d. serv. corrupt.
 De * qua limitatione videatur plenius differens Propter Farinac. d.
*consultor. q. 129. & consil. crimin. 143. n. 5. ubi dicit: nudum * &*
simplex consilium non videri sufficiens, ad ordinariam L. Corneliae
pœnam iungendam. Tiber. Decian. in tract. crimin. libr. 1. c. 8. n.
7. libr. 7. c. 34. n. 2. & libr. 8. c. 16. n. 36. Jul. Clar. in §. fin. q. 88.
& 89. Menoch. libr. 2. arbitrar. c. 351. n. 17. Covarruv. part. 2. rel.
§. 2. Geil. d. pac. public. libr. 1. c. 1. n. 4. 7 & seqq. Petr. Gregor. Tho-
losan. in syntagm. jur. c. 11. n. 6. Johann. Althus. in Dicaeologic. libr. 1.
c. 120. per tot.

Controversia I V.

In mandato levissima culpa præstanda venit.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. 3. & 4.

Objectio. n. 5. & 6.

Solutio. n. 7. 8. & 9.

DE * levissima culpa teneri mandatarium, evidenter apparet ex
l. à procuratore 13. C. h.t. in qua rescribunt Diocletian. & Ma-
 ximian. Imperatores à procuratore dolum & omnem culpam, non
 etiam improvisum casum præstandum esse. Proinde * si omnis
 culpa à procuratore præstanda est, etiam levissima præstari debet.
 Inprimis * verò quia *in d. l. 13.* casum fortuitum sive improvisum
 duntaxat excipiunt Imperatores, qui non levi culpæ, sed levissimæ
 opponitur. Accedit * *l. in re mandata 21. C. h.t.* ubi ait Constan-
 tinus Imperator: quòd suæ quidem quisque rei moderator sit & ar-
 biter; aliena verò negotia exacto officio gerantur, nec quicquam
 in eorum administratione neglectum ac declinatum culpâ vacuum
 sit: quæ sanò emphatica verba ostendunt, de culpa levissima man-
 datarium omninò teneri.

Non * leve tamen dubium movet: iis in contractibus, in
 quibus suscipientis non versatur utilitas, dolum tantum & latam
 culpam præstari: *l. si ut certo 5. §. videndum est 2. ff. commodat. l. con-*
tractus 23. ff. d. R.I. è * quorum numero utique & mandatum est,
 quippe mandatum gratuitum esse debet. §. *fin. h.t.* Sed * adver-
 tendum, speciale in contractu mandati esse, ut mandatarius cul-
 pam levissimam præstet. Specialitatis * ratio est: quòd in contractu
 hoc

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

hoc tacita insit industriae assertio, qui suscipit mandatum industriam suam proficitur & sedulitatem, atque adeo tacite contrahit cum mandante, se omnia fidelissimè administraturum esse. Et * prætereà in mandato non semper abest suscipientis utilitas: quippe nam procurator extrà ordinem salarium consequi potest. l. 1. in fin. C. mandat. Gloss. in d.l. 13. Petr. Fab. & Delrio in d.l. 23. Mozz. d. natur. mandat. n. 20. Geil. 2. observat. 45. n. 4. c. 5. D. Happrecht. hic num. 21. & seqq. tom. 3. Joh. Cöpp. libr. 2. observat. 59. n. 2. Treutl. p. 1. disput. 17. th. 7. lit. C. ibiq. Bachov. & Hunn. & variar. resolut.

Controversia V.

Mandatarius, qui fines mandati excessit, quò ad terminos præfixos mandati habet actionem; quò ad excessum verò ne utilis quidem negotiorum gestorum ei competit actio.

Summaria.

Mandati fines strictè observandi sunt. n. 1. 2. & 3.

Proculianorum Icc. sententia, quò ad terminos præfixos mandati actionem concedentium, rejectà Sabinianorum sententià, probatur. n. 4. 5. & 6.

Obiectio ex l. 41. ff. h. t. n. 7.

Duplex solutio adfertur. n. 8. 9. & 10.

Ratione excessus ne utilem quidem negotiorum gestorum actionem dari, Martini Iohann. Fabri & Hunnii sententià rejectà, probatur. n. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. & 18.

Obiectio. n. 19.

Solutio. n. 20. & 21.

Opinionem nostram tam Veteres, quàm Recentiores Icc. comprobant. n. 22.

Prima eius limitatio. n. 23. & 24.

Sublimitatio. n. 25. 26. & 27.

Secunda limitatio. n. 28. 29.

Mandatum habens ad vendendum, pretium recipere potest. n. 30.

Obiectio ex l. 1. §. 12. ff. d. exercit. act. n. 31.

Solutio. n. 32.

Obiectio ex l. 86. n. 33. & 34.

Solutio. n. 35. & 36.

1. **F**ines * mandati diligenter custodiendos esse; respondit Paulus
2. JC. in l. diligenter §. pr. ff. h. t. hanc addens rationem: quòd *
3. qui excessit aliud quid facere videatur. Idemque * tradit Justinianus Imperator in §. is qui exequitur 4. h. t.

Hinc

Hinc * magna olim controversia fuit inter Sabinum, Cassium & Proculum Jcc. An, si mandem tibi usque ad centum aureos, ut mihi fundū emeris, tu verò usq; ad 120. emeris fundū, actio mandati tibi competat pro 100. saltem, nam pro 120. non competit: cū fines mandati excesseris. Et * Sabiniani ne pro 100. quidem competere actionem statuebant; Proculianis verò benignior arripuit sententia, nimirum usq; ad 100. aureos, qui in mandato erant, contrariam mandati actionem concedentibus: nam * in summa majori inest minor: ut ideò 100. in mandato contineantur & per consequens contraria mandati actio concedatur. *d. §. 4. & l. præterea 3. §. ult. ff. h. t.* ubi respondit Paulus JC. quòd, si paratus sit mandatarius id, quod excedit, remittere, iniquum sit, non esse mandatario cum mandante actionem, si nolit; huic verò si velit cum illo esse.

Cui * graviter contradicere videtur *l. potest 41. ff. eod. tit.* ubi respondit Gajus JC. posse ab una tantum parte mandati iudicium dari: nam si is, qui mandatum suscepit, egressus fuerit illud; ipsi mandati iudicium non competere; at ei qui mandaverit, adversus eum competere. Respondetur *: vel intelligendam esse *d. l. 41. de casu*, non quo rem mandatam pluris emit mandatarius quàm in mandatis habebat, sed quo aliam rem, ut putà domum Cornelianam pro Semproniana emit: vel * *d. l. 3. §. ult.* loqui de casu, quo mandatarius superfluum pretii remittere paratus est; *d. l. 41.* verò accipiendam esse de mandati actione ratione totius pretii: pro quo si instituere eam velit mandatarius non auditur, mandans verò auditur: non * obstante eo, quòd contractus claudicare non debeant: quòd enim contraria mandati actio denegetur; ipse mandatarius, qui excessit fines mandati, in culpa est.

Sed * an respectu excessus utilis negotiorum gestorum detur actio, quæri posset? Quod * de æquitate quidem volunt antiquus Glossator Martinus, Johann. Fabri *ad d. §. 4. h. t.* & Hunn. *resolut. ad Treutl. d. disput. 17. th. 7. lit. G. q. 17.* Verum * absurdam esse eorum opinionem; dicit Bachov. *in d. §. 4.* Sic * enim leges istæ verbis solum lusissent, nec rebus essent sancitæ: neque * etiam interesse videtur, quâ actione adversus mandantem experiri velit mandatarius, an mandati an verò negotiorum gestorum actione: cū * mandans idem quod noluit solvere, hâc ratione præstare teneretur.

- & sic effectus ratione excessum istum rati habere invitus cogeretur:
17. quod * etiam negotiorum gestorum actio contra prohibentem geri negotia sua & sic invitum locum non habeat; rescriptum est in l. ult. C. d. negot. gest. & responsum in l. si pro te 40. ff. h. t. is * verò, qui fines excessit mandati, prohibentis & sic inviti negotium gessisse videatur.
- 18.
19. Neque * obstat id quod de æquitate hinc objicitur: quoniam
20. * enim mandatario in eo benignitas & æquitas contigit, quod quod ad terminos præfixos mandati habeat actionem; ideoque ulteriori æquitate frui non potest: cum * æquitatis æquitas non detur: sic enim ludibrium fieret ex Justitia, & etiam hæc æquitas in summam iniquitatem degeneraret.
- 21.
22. Quam * opinionem tenent & tuentur tam veteres, quam recentiores Jcc. Bulgar. Iohann. & alii in d. §. 4. Accurs. in §. 8. h. t. Bachov. d. th. 7. lit. G. & in d. §. 4. Menoch. arbitrar. libr. 2. cent. 4. cas. 352. n. 32. David. Döring. in Bibliothec. Jcc. tom. 1. in verb. actio mandati n. 31. fol. 383. Harppr. ad §. 8. h. t. n. 2. & seqq. Iohann. Cöppen. libr. 2. observat. 59. n. 3. 4. & 5. Petr. Francisc. Linglois. decis. 1. quest. 4. Knipschilt. exercitat. Academic. 10. q. 18. pag. 368.
23. Quæ * sententia limitatur: 1. quod, licet mandatarius limites mandati sui strictè observare teneatur, adeò ut nec meliorem mandantis causam facere possit; tamen benignius sit & humanius: mandatarius negotium in melius, quam in mandato habebat, gerere posse: per * textum in d. l. prætereà pr. ff. h. t. ubi respondit Paulus: in casu mandati etiam illud verti: ut interim nec melior causa mandantis fieri possit, interdum melior deterior nunquam. Dn. Harppr. ad d. §. 8. n. 8.
- 24.
25. Quod * sublimitatur in causis publicis: ut si legatus missus esset à Principe vel Republica, ad negotia publica tractanda & expedienda: qui à mandati formula (quamvis è re Principis esse credat) recedere non potest. Alberic. Gentil. libr. 4. d. legat. c. 16. Hippolit. à Collib. in Palatinat. p. 37. & 38. Petr. Perrenon. libr. 1. animadvers. c. 23. Bodin. d. Republic. c. 2. Chassan. in catal. glor. mund. p. 9. consil. 34. Andr. Geil. d. P. P. c. 4. n. 30. Rutg. Ruland. d. commiss. p. 1. libr. 3. c. 2. n. 5. D. Bocer. d. jur. bel. libr. 1. c. 13. Francisc. Vayer. d. legat. c. 11. Hieronym. Magon. d. legat. libr. 1. c. 2. Rei * enim publicæ arbitrium ab unius opinione pendere periculosum est. Hermann
- 26.

mann. Kirchner. *libr. 2. d. legat. c. 6. n. 41. & 44.* Bortius *in jur. publ. apud Arum. tom. 1. discurs. 14. th. 8.* Paschal. *c. 5. 6. d. aulic. polic. div. reg. 39.* D. Mich. Rasch. *d. legat. th. 164 & seqq.* Nisi * in mandatis haberet legatus agere quod sibi videretur: vel nisi mandato sive Instructiōni, ut vocatur, generalis illa clausula inserta esset: *Reliqua tua prudentia & discretioni committimus.* Cremens. *d. singul. 151.* Iohann. Cöppen. *libr. 2. observat. 59. n. 5.* ubi * tamen addit: Tutius esse, si tempus & occasio ferant super novâ & incidendi causâ committentem consulere: ne si res aliter opinione cadat, ipsi Commissarii in vitæ, honoris & bonorum periculum ob non arctè servatum mandatum adducantur.

2. Limitatur * sententia hæc nostra in iis, sine quibus negotium commissum agi & expediri non potest. Nam * cui unum aliquod committitur, eidem quoque cætera omnia concessa intelliguntur, sine quibus prius illud expediri non potest. *l. 2. ff. d. jurisdiction.*

Unde * mandatum habens ad vendendum, etiam mandatum ad pretium exigendum & recipiendum habere censetur. *arg. l. quod servus 35 ff. d. solut.* in qua servo, qui pecuniam erogare potest, eandem recipere permittitur. Neque * obstat *l. 1. §. igitur præposito 12. ff. d. exercit. act.* ubi ad locandum præpositus exigere non potest. Etenim * servus *in d. l. 1.* ad locandum tantum præpositus erat; itaque officium suum ultra extendere non potest.

Neque * obstat etiam *l. hoc jure 86. ff. d. solut.* in cuius specie procuratori ad litem non rectè solvitur: idemque traditur *in l. sed si tantum eod. rit.* Nam * dictæ leges de procuratore ad litem agunt: qui idèò exigere non potest, quòd officium ejus diversum sit à solutionis exactione & receptione: in * nostro verò procuratore officium connexum est solutionis receptioni. Bartol. *in l. filia ff. solut. matrim.* Dec. *consil. 13. n. 3.* Harppr. *d. l. n. 17. & seqq.* Borvenut. Strach. *d. mercat. tit. d. mandat. n. 23.* Iohann. Cöppen. *d. observat. 59. n. 6. 7. & 8.* Treutl. *d. disput. 17. th. 6. lit. F. ibiq.* Bachov. &

Hunnius, Fachinæus *libr. 2. controv. jur.*

cap. 93.

Tutt 2

Contro-

Controversia V I.

Mandatum morte mandantis & mandatarii solvitur.

Summaria.

Mandatū tam morte mandantis quā mandatarii solvi, probatur. n. 1. 2. & 3.

Obiectio ex l. 12. §. fin. & l. seq. 13. ff. h. t. n. 4. & 5.

Solutio. n. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

Solutio l. fin. ff. d. solut. & liberat. n. 14. 15. 16. & 17.

Prima opinionis hujus limitatio. n. 18.

Secunda limitatio. n. 19. & 20.

Tertia & ultima limitatio. n. 21. & 22.

1.
2.
3.
4.
Mandatum * morte mandatarii finiri, dubium nullum habet. An * verò & quando morte mandatoris finiatur; magnum dubium habet: propter textus juris, qui sibi in specie contrarii esse videntur. Et * verò quòd morte mandatoris quoque solvatur mandatum; probat textus in l. inter causas 26. pr. l. si quis 27. §. morte 3. l. si precedente mandato 58. ff. h. t. §. item si 10. h. t. l. si defunctus 15. ff. d. procurat. Et * finitur mandatum siue mors sit civilis, siue naturalis. Dd. communiter in l. post litem ff. d. procurat. Nicol. Mozz. quom. annul. solvat. & finiat. mandat. n. 18. & 19.

5.
6.
Cui * graviter contradicere videtur l. si verò 12. §. idem Marcellus fin. cum ll. seqq. ff. h. t. ubi post Marcellum respondit Ulpianus JC. quòd, si quis post mortem sibi monumentum fieri mandaverit, hæres ejus agere possit, sicut econtrà mandatarius adversus hæredem jure agat, si pecuniam suam in monumentum impenderit: si non ita mandatum, ut suâ pecuniâ faceret monumentum. Et * idē esse respondit Gajus JC. in l. seq. 13. si quis post mortem suam hæredibus suis fundum emere mandet.

7.
8. 9.
10.
Varias hîc Dd. adferunt conciliationes, quas tradit Salycet^{us} in d. l. 13. Bachov. p. 1. disput. th. 6. lit. C. Hunn. post Donell. ibidem. Nobis * illa omnium optima videtur, quam inter alias refert Salycetus in d. l. 13. quòd intersit, an mandatum finiri intersit hæredum nec: ut * si intersit vel finiatur, vel duret mandatum. Quòd * enim mandatum morte mandantis finitur, hoc favorem & mandatarii & ipsorum hæredum respicit. Quando * igitur mandatarius tale suscipit mandatum, quod post mortem adimpleri & perfici voluit.

luit mandans, utique id exequi tenetur mandatarius: * modò non invitis nec reluctantibus hæredibus fiat. Ut * in opposita l. 12. & 13. mandatum ejusmodi suscepit mandatarius, quod prodest ipsis hæredibus, ut monumentum facere defuncto & fundum emere hæredibus: quod * mandatarius, si velint hæredes, omninò exequi tenetur.

Vnde * nec obstat l. fin. ff. d. solut. & liberat. ubi respondit Paulus J.C. quòd ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, rectè solvatur. Ei * verò, cui jussi debitorem meum post mortem meam solvere, non rectè solvatur: quia mandatum morte dissolvitur. In * cujus legis specie mandatario ideò posteriori casu non rectè solvitur, quia morte mandantis solvitur mandatum, & interest etiam hæredum, ut ipsis potiùs solutio fiat à creditore mandantis, quàm mandatario. Priori * verò casu lex obligationis facit, ut post mortem mandantis solvi possit mandatario: quia sc. obligatio in eo incœpit & sic radicata est: ut ea mandatario etiam invito mandante fieri queat.

Verùm * limitatur opinio nostra, i. quòd, licet mandatum morte mandantis & mandatarii expiret; tamen mandati actio utrinque salva maneat. l. 1. C. d. O. & A.

2. Limitatur *: si res adhuc sit integra: hoc est; si mandatarius mandatum nondum exequi cœperit, nec ad executionem se præparaverit. §. item si 10. h. tit. Anton. Gabriel. in commun. conclus. libr. 2. cap. 3. per tot.

3. Limitatur * in casu, quo quis post mortem mandantis exequi cœpit mandatum, ignorans, mortuū esse mandatorem: d. §. 10. versic. sed utilitatis d. l. 53. ff. h. t. quoniam * justa hæc est facti ignorantia, quæ nemini nocere debet. l. 7. ff. d. jur. & fact. ignorant. Mozz. d. c. n. 20. Cujac. in tract. S. ad Afriran. l. ejus 41. ff. d. reb. credit. Alciat. ad l. fundi 33. ff. d. adquir. domin. Bronchorst cent. 3. assert. 93.

4. Et * ultimò limitatur in procuratore in rem suam: dummodò sine hærede decedat mandans. Bartol. & Angel. in l. 1. C. d. O. & A. Nic. Mozz. d. c. n. 21. versic. septimò fallit. ubi plenius hæc limitat, sicut & Gabriel d. libr. 2. c. 2. per tot. Anton. Fab. in Cod. suo l. 4 t. 26. definit. 19. Mantic. d. rac. & amb. conv. l. 7. t. 21, 22, 23. & 24. Wurm. pract. observ.

libr. 5. observat. 15. Harpprecht. ad d. §. 9 n. 6. & seqq. Besold. in delib. ex libr. 17. q. 6. Alchuf. in Dicaologic. d. c. 83. n. 28.

Controversia VII.

Mandatum gratuitum esse debet.

Summaria.

Gratuitum esse debere mandatum, probatur. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. & 9.

Obiectio ex l. 6. pr. ff. h. t. n. 10.

Solutio. n. 11. 12. 13. & 14.

Quâ actione peti possit salarium promissum, controversum est. n. 15.

Actione mandati peti illud non posse, probatur. n. 16.

Extra ordinem id rectè peti, stabilitur. n. 17. 18. 19. & 20.

Obiectio ex d. l. 6. pr. h. t. n. 21.

Solutio. 22. 23. 24. 25. 26. & 27.

Ab Advocatis & Procuratoribus pro executione mandati salarium extra ordinem peti potest. n. 28.

1. Gratuitum * esse debere mandatum, certi & indubitati juris
2. esse videtur. Nam * tradit Justinianus Imperator: in § fin. h. t. quòd, nisi gratuitum sit, merces constituta, illud in aliam formam
3. negotii cadat & locatio conductio esse incipiat. Et * respondit Paulus IC. in l. 1. §. fin. ff. eod. tit. quòd, nisi gratuitum mandatum, nullum sit; adjiciens rationem: quòd originem ex officio atque amicitia trahat; contrarium verò sit officio merces: pecuniâ enim interveniente res ad locationem & conductionem potius respiciat.
4. Idemq; * tradit Ulpianus IC. in l. 1. §. est autem 18. ff. d. exercit. act.
5. Vnde * in jure nostro mandatarii totiens amici nomine indigitantur: veluti in l. 1. ff. quib. mod. pign. & c. l. si liber homo 36. ff. d. negot. gest. l. si negotium 23. ff. d. reb. autorit. judic. possid. Nec * quemquam ferè mandare nisi amico; dicit Cicero pro S. Rosc. Quando
7. * igitur ab initio contractus de mercede certa convenit, non est
8. mandatum, sed locatio conductio; quando * verò hoc solum actum fuit, ut quantum postea conventum, tantum mercedis loco præstari debeat, est contractus innominatus: ex * quo in factum sive præscriptis verbis datur actio. l. si tibi rem 13. pr. & l. si tibi polienda 22. ff. d. præscript. verb.
10. Neque * obstat l. si remunerandi gratiâ 6. pr. ff. h. t. ubi responsum est ab Ulpiano: quòd, si remunerandi gratiâ honor interverit, mandati sit actio. Etenim * in d. l. 6. de nulla dicitur mercede,
- 11.

cede, sed de honorario aliquo, quod suscepto jã mandato promissũ erat: quod ex postfacto in remunerationem mandati suscepti constitui vel promitti potest mandatario, ut nihilominus maneat contractus mandati; quia * ab initio nihil venit in contractum; cuiusq; * verò contractus initium spectandum, quis & qualis sit contractus. Et * deinde honorarium illud non tanquam merces intervenit, sed tanquam honor, ut ideò cum mercede nihil commune habeat & officium istud mandanti à mandatario exhibitum maneat nihilominus amici officium.

Verum * quã actione salarium istud promissum & constitutum peti possit, valdè dubium esse potest *ex d. l. 6.* ubi mandati actio esse dicitur, quã peti & exigi possit salarium sive honorarium. Quod * tamen juris ratio non admittit: cum enim ex natura actionis mandati nihil veniat in eam, nisi quod abest mandatario; ideoq; eã salarium hocce peti non poterit. Extraordinariè * verò apud Magistratum ipsum, non dato sc. secundum juris antiqui rationem pedaneo iudice, peti illud debere; manifestò probat *l. 1. C. b. t.* ubi rescribitur: mandati actione pro sorte & usuris experiri quem posse; de salario verò promisso apud Præsidentem Provinciæ cognitionem præberi. Ex * quo apparet falsam esse nonnullorum opinionem, sentientium: quòd, si petat mandatarius mandati actione quod abest ei, salarium eadem actione tanquam consecrarium peti possit: dicitur * namq; *in d. l. 1.* quòd ipsa sors cum usuris mandati actione, nimirum coram pedaneo iudice, salarium verò extraordinariè peti debeat. Et * quòd extra ordinem peti debeat salarium; probat quoque *l. salarium 7. & l. qui mutuam 56. § salarium 3. ff. b. t. l. 1. § honorarium ff. d. var. & extraordin. cognition. & l. 1. C. d. suffrag.*

Neque * huic refragatur supra opposita *l. 6. pr.* quæ velle videtur: quòd mandati actione peti possit honorarium. Etenim * quod ibi de mandati actione dicitur, hoc non intelligendum est de honorario; sed quòd mandati actio obtineat, licet honorarium sive salarium datum vel promissum sit. Quem * legis hujus sensum apertè exhibet nobis §. subsequens 1. dum ibi dicitur: *si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus.* Quæ * verba absq; ullo dubio de directâ loquuntur actione, & sunt relativa ad præcedentia verba; ideoq; de alia quàm de directâ actione ac-

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

ne ac-

25. ne accipi & intelligi non possunt. Et * ergò cum d.l.6. de directa actione, non mandatario, sed ipsi mandatori competente, loquatur; salarium in eam venire non poterit; hoc * enim non mandatori sed mandatori, cui contraria datur mandati actio, debetur.
26. Quam * legem sic interpretatur Accursus *ibi* & post eum Anton. Fab. in *Codic. libr. 4. tit. 26. n. 1. in allegat. D. Bocer. ad l. contractus 23. ff. d. R. l. c. 4. n. 39. & in h.t. n. 26. cum seqq. D. Harpprecht. ad §. fin. eod. tit. Hunn. in resolut. ad Treutler. p. 1. disput. 17. th. 1. lit. E. q. 2. & 3. & variar. resolut. tract. 7. p. 4. q. 6. D. Knipschit. exercit. Academic. 10. q. 15. pag. 365. Locamer. question. juridicar. fascic. 40. quest. 4.*
28. Cæterum * pro executione mandati loco salarii nihil peti posse, nisi extrà ordinem ab iis, qui accipere aliquid solent, ut sunt Advocati & Procuratores; tradunt Johann. Sîchard. in l. 1. C. d. suffrag. & Matth. Wesenbec. in w. ff. h.t.

De
OBLIGATIONIBUS,
quæ quasi ex contractu nascuntur.

T I T U L U S XXVIII.

Controversia I.

*Negotiorum gestor de levissima culpa
tenetur.*

Summaria.

Fundamenta opinionis hujus. n. 1. usq; ad n. 11. inclusive.

Obiectio. n. 12. 13. & 14.

Solutio. n. 15. 16. 17. & 18.

Obiectio. n. 19.

Solutio. n. 20. & 21.

1. **V**erissimè * sentiunt illi, qui negotiorum gestorem de levissima culpa teneri statuunt. Nam * in §. 1. h.t. ait Imperator Justinianus: quòd negotiorum gestor ad exactissimam diligentiam compellatur reddere rationem, nec sufficiat talem adhibere diligentiam
- 2.

gentiam, qualem suis rebus adhibere solet: si modò alius diligentior eo commodius negotia administraturus esset. Quæ * certè tali emphasi à Justiniano proponuntur, ut omninò negari nò possit: negotiorum gestorem de levissima culpa teneri. Nec * rectè excipiunt hîc nonnulli §. h. 2. illa verba: *si modò alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia*, in modum limitationis à Justiniano proferri, quasi eo solo casu levissima culpa præstari debeat, si alius diligentior gestore negotia gerere voluisset. Etenim * verba hæc exactissimæ diligentia, quæ levissimæ culpæ opponi solet, descriptionem continent, ut perspicuè probatur ex §. 2. *institut. quibus mod. re. contrah. obligat.* Præterea * negotiorum gestor omnes alios prævertere videtur: nisi enim gereret, procul dubio alii & quidem diligentiores negotium gesturi essent. Proinde * verba prædicta non limitationem, sed regulam constituunt. Accedit * & hoc: quòd is, qui ultrò se offert, arctius obstringi soleat: veluti constat ex l. 1. §. *sepe 35. ff. deposit.* ubi depositarius ultrò se offerens de culpa levi etiam tenetur, qui aliàs de dolo & lata culpa duntaxat obligatus est. Sed * & probatur hæc sententia nostra per l. 1. §. *ille quidem 4. ff. d. O. & A.* ubi quod de negotiorum gestore dicitur in §. 1. h. t. qualem sc. diligentiam præstare teneatur, iisdem planè verbis de commodatario profert Gajus Ictus eumque secutus Justinianus Imperator in d. §. *item is 2. institut. quibus. modis. re. contrah. obligat.* Cùm * igitur commodatarius sine ullo dubio levissimam culpam præstare teneatur; l. *si ut certo 5. §. videndum est 2. l. contractus 23. ff. d. R. I. & d. §. item is 2.* sequitur: quòd negotiorum gestor eandem culpam præstare debeat. Et * probatur eadem sententia per l. *mater 24. C. d. usur. l. si negotia 11. ff. d. negot. gest. l. in re mandata 21. C. mandat. in fin.*

Cui * opinioni objicitur Regula, tradita in l. *si ut certo 5. §. videndum est 2. ff. commodat. & in l. contractus 23. ff. d. R. I.* quòd, ubi nulla suscipientis versatur utilitas, dolus & lata solùm culpa præstetur; in * negotiorum gestione verò nulla gestoris, sed domini utilitas versetur. Ergò * videatur gestor non de levissima, sed levi solùm culpa teneri. Verùm * respondetur: quòd hæc quidem regula sit, quæ tamen exceptiones suas habeat: nam * & mandatarii nulla utilitas vertitur & tamè de levissima culpa tenetur. Ita * etiam licet nulla gestoris versetur utilitas; tamen de levissima culpa tene-

V u u u

tur:

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18. tur: ex rationibus specialibus, quas antè adsignavimus: quòd sc. gestor se ultrò offerat & alios pravertere videatur.
19. Objicitur * etiam: quòd si gestor levissimam culpam præstare deberet, nemo facilè absentis negotia gesturus esset: quod absentibus sæpè damnosum foret. Resp. sicut * interest domini absentis, ut negotia ejus gerantur; ita etiam interest ejusdem, ne quis facilè & temerè ejus negotia gerat: & * nisi is gessisset, fortàs alius negotium meliùs & diligentius gessisset. Donell. libr. 5. comment. jur. civil. c. 15. ubi Hillig. in not. lit. F. Timæ. Fab. disput. 25. ad instit. th. 2. lit. C. Dn. Shcütz. ad instit. disp. 15. pag. 61. D. Harpp. hic n. 21. & mult. seqq. Bachov. p. 1. disput. 10. th. 5. lit. C. & D. pag. 382. & in comment. ad d. §. 1. D. Rümlin. Exercit. 16. lit. B.
- 20.
- 21.

Controversia II.

Negotiorum gestor de ijs negotiis, quæ non gessit, non tenetur.

Summaria.

Quæ opinio stabilitur. n. 1.

Limitatur. n. 2.

Secundò limitatur. n. 3.

Tertiò limitatur. n. 4. & 5.

1. Regulariter quidem verum est: negotiorum gestorem de ijs negotiis, quæ non gessit, non teneri: nã sufficit, si cui vel in paucis amici labore consulatur. l. tutori 20. C. d. negot. gest. l. tutores 39. §. qui se negotiis 2. ff. d. administr. & pericul. tutor. Sed * tamen limitatur hæc sententia 1. si quis ab initio, ut omnia gesturus ad negotia accesserit. l. Pomponius 25. in fin. cum l. seq. ff. d. neg. gest.
2. Limitatur: * si non accesserit quidem gestor ad negotia ut omnia gesturus, alius tamen omnia gesturus fuisset, nisi ipse accessisset. l. 6. §. 12. l. 1. §. ult. ff. h. t.
3. Limitatur: * si quis inchoaverit negotia, ea tamen peritura deferuerit. l. in commodato 17. §. sicut versic. ut accidit ff. commodat.
4. Hisce * sanè casibus gestorem de omnibus negotiis, etiam nō gestis teneri; omninò æquum est. Bartol. in l. 20. C. d. negot. gest. Joh. Cöppen. libr. 2. observat. 1. n. 6. D. Harpprecht. hic n. 68. tom.
- 5.

3. expedit & decidit D. Rümlinus p. 1. ff. disput. 9. th. 8. & Exercit.
16. th. 2. lit. C. in fin.

Controversia III.

Negotiorum gestorum datur actio, si quis absentis & scientis negotia gesserit.

Summaria.

Fundamenta opinionis nostræ. n. 1. usq. ad n. 9. inclus.

Obiectio Bachovii ex l. 5. ff. d. O. & A. §. 1. h. t. junct. l. 20. §. 1. ff. mandat.
n. 10. & 11.

Solutio. n. 12. 13. 14. 15. 16. & 17.

Nisi mandatum notum fiat procuratori per mandantem, mandati actio non nascitur. n. 18. 19. 20. 21. & 22.

Bachovii responsio ad l. 2. ff. d. negot. gest. n. 23.

Refutatio. n. 24. 25. 26. & 27.

QUOD * non mandati, sed negotiorum gestorum detur actio, si quis absentis & scientis negotia gesserit, nos verissimum esse censemus. Et * probatur per textum in l. si quis absentis 2. ff. d. negot. gest. ubi ait Gajus JC. quod, si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem ejus impenderit, eo nomine actionem habeat. Et * tradit Justinianus Imperator in §. 1. h. t. Eos, quorum negotia gesta sunt, etiam ignorantes obligari. In * quibus textibus dictio *Licet* implicativum, ampliativum sive extensivum sensum habet, quasi ita dixerit IC. & Imperator: *negotiorum gestorum actionem obtinere non solum, ubi scientis negotia gesserit gestor, sed etiam ubi ignorantis.* Probat * etiam hanc sententiam nostram l. atquin 19. §. si libero 2. ff. eod. tit. ubi, si libero homini, bonâ fide servienti, mandatum fuerit à domino ut agat aliquid, mandati actio non esse dicitur: quia non ex libera voluntate exequatur, sed quasi ex servili necessitate. Ergo * negotiorum gestorum actionem esse dicit IC. ex ratione: quia * liber homo & negotia gerendi habuerit affectionem & is fuerit, qui obligari potuerit. In * qua lege hoc imprimis considerat ibi Paulus: quod liber homo negotii gerendi affectione gesserit. Cùm * igitur in nostro casu gestor non tanquam ex mandato, sed tanquam gestor gesserit negotia, non mandati, sed negotiorum gestorum dabitur actio: non obstante eo, quod dominus geri negotia sua sciverit.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10. Neque * nobis obstat *l. si quis absentis §. pr. ff. d. O. & A. & d. §. 1. h. t.* juncta *l. ex mandato 20. §. 1. ff. mandat.* quas pro contraria sententia adducit Bachovius *p. 1. disput. 10. th. 1. lit. C. p. 368.* quod sc. negotiorum gestorum actio ad eum tantum pertineat casum,
- 11.8 quo ignorantis negotia gesta sunt. Ut * verò locus sit mandati actioni, non semper expressum mandatum antecedens desideretur. *l. semper 60. ff. d. R. l. l. si remunerandi 6. §. si passus sim 2. ff. mandat.*
12. Etenim * respondemus Bachovio: *d. l. 5.* nihil dicere de ignorantia,
13. sed de absentia, quæ scientiam minimè excludit: præsertim *
14. quia J.C. & Imperator vocolâ *licet* implicant scientiam. Et * quod ad mandati actionem tacitum sufficiat mandatum, verum quidem est, sed tamen requiritur insuper, ut procurator tanquam ex tacito mandato suscipiat negotium & gerat; cæteroquin * si tanquam gestor gerat illud, non mandati, sed negotiorum gestorum nascitur obligatio & actio. Quod * argumento *l. quero 3. ff. d. eo qui pro tut. & c.* probari potest, ubi respondit Javolenus J.C. Eum, qui tutor datus erat testamento, sed tamen nescivit hoc, pro tutore non teneri: ex ratione subjecta, quia scire quoque se tutorem esse debeat, ut eo affectu negotia gerat, quo gerere debeat. Cùm * igitur in nostro casu nescire præsumatur gestor, quod se gerere sciat dominus, ideoque non affectu procuratoris, sed gestoris gesserit negotium; ista scientia domini ad concedendam mandati actionem non sufficiet.
18. Quod * si verò præsens sit dominus contra præsumitur: gerentem
19. tanquam ex mandato negotiū gessisse: quod * verba ista *si passus sim in d. l. 6 §. 2.* quæ urget Bachovius, spectare pro certo habendum est.
20. Quin * quod magis est apud Dd. receptius esse dicit Fernandus Vasquius *libr. 2. controvers. c. 15. n. 6.* quod, etiamsi procurator vel mandatarius mandati notitiam habere cœperint & domini negotium egerint, nihilominus cesset mandati actio: quoniam * scil. dominus per se, vel per alium id eis notum non fecit: quod * probat Vasquius per textum *in l. honores 7. §. fin. l. si quis mihi bona 25. §. jussu 4. ff. d. adquir. vel omit. heredit. l. 2. ff. d. pact. & clement. l. §. verum.*
23. Malè * verò *ad d. l. 2.* respondet Bachovius: quod verbis istis, *licet ignorantis*, continuatio tituli præcedentis *d. procurat.* contineatur. Etenim * nullà ratione hoc ex verbis istis colligi potest: cùm
24. * *tit. d. procurat.* nimis remotus sit à *tit. d. negot. gest.* & * procul
25. 26. dubio

dubio verba ista non sint Compilatorum; sed ipsius Gaji I.C. qui connexionis titulorum in Digestis rationem habere non potuit: quippe * qui Digesta non composuit, nec methodum eorum per-
 texuit.

27

Atque ita sentiunt Petr. Faber in d. l. 60. ff. d. R. Francisc. Balb. d. prescript. part. 3. principal. quest. 10. Treutler. d. th. 1. lit. C. ibiq³. Hunn. Dn. Harpprecht. ad d. §. 1. n. 8. & seqq. Dn. Schütz. d. disput. 17. th. 2. lit. C. pag. 258. D. Knipschilt. exercitat. 11. quest. 3. pag. 389. & seq.

Controversia I V.

Ratihabitione ejus superveniente quod gestum est, interdum mandati, interdum verò negotiorum gestorum datur actio.

Summaria.

Quando detur hinc negotiorum gestorum actio. n. 1. & 2.

Quando detur mandati actio. n. 3.

Differentiæ ratio. n. 4. & 5.

Quando * quis negotium alterius gessit, quod postea dominus ratum habet quæ actio detur, an negot. gest. an verò mandati, controversatur. Et * sanè negotiorum gestorum actio tum datur: ubi ratihabitione negotium jam perfectum & ad finem perductum sequitur. l. si pupilli 6. §. idem ait 16. l. Pomponius 9. ff. d. negot. gest. Mandati * verò actio competit: si ratihabitione concurrit quodammodo cum ipso actu & nondum absoluto negotio interponitur. l. fin. C. ad Sc. Maced. l. 60. ff. d. R. I. D. Bachov. p. 1. disput. 10. th. 6. lit. B. pag. 389. & seq. D. Rümlinus p. 2. Pandect. disput. 9. th. 4. Quando * negotium jam perfectum sequitur ratihabitione, idem mandati dari non potest actio, quòd negotiorum gestorum actio nata sit, quæ postea transmutari amplius non potest. Vbi * verò cum negotio nondum perfecto concurrit ratihabitione, facilius mandati nasci & dari potest actio: quòd negotiorum gestorum nondum plenè nata sit.

1.

2.

3.

4.

5.

Controversia V.

Item si pater aut mater res filie à sponso donatas

V u u u 3

susce-

*susceperit, modò negotiorum gestorum,
modò mandati vel depositi competit actio.*

Summaria.

Papinianus *in l. 32. §. 1. ff. d. negot. gest.* & *in l. 25. pr. ff. deposit.* sibi hinc contrarius esse videtur. n. 1. & 2.

Papiniani responsa distinguendo conciliantur. n. 3. & 4.

Ratio distinctionis. n. 5. & 6.

1. **H**AC * in re sibi constare non videtur Papinianus *in l. fidejuss.*
2. *32. §. ignorante 1. ff. d. negot. gest.* & *in l. die sponsaliorum 25. pr. ff. deposit.* Ait * enim Papinianus *in d. l. 32.* negotiorum gestorum hoc casu dari actionem; *in d. l. 25.* verò depositi competere actionem. Sed * distinguendo apparens contrarietas hæc facili negotio
3. tolli poterit. Distinguendum * autem est, An præsentem puellam, an
4. verò absentem eam & ignorantem res à sponso donatas suscepit pater aut mater: si præsentem filiã, mandati vel depositi datur actio, si
5. verò ignorantem eam negot. gest. dabitur actio. Priori * casu idem mandati datur actio: quia præsentia facit, ut deposuisse vel mandasse
6. censeatur filia, ut pater aut mater res donatas à sponso susciperent; posteriori * verò casu ea de causa negotiorum gestorum competit actio, quod ignorantis & absentis negotium gesserint. Anton. Fab. *in Rat. ad d. l. 32.* Hunn. *resolut. Treutl. p. 1. disput. 10. quest. 14.* Bachov. *d. disput. 10. pag. 378.* D. Rümlin. *disput. 9. th. 15.*

Controversia VI.

*Negotiorum gestorum actio correo, qui
totum solvit debitum, adversus corream
non datur.*

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. & 3.

Obiectio ex *l. 80. ff. d. negot. gest.* n. 4.

Solutio. n. 5. & 6.

1. **N**egotiorum * gestorum actionem ei, qui totum solvit debitum, adversus corream non dari, ex eo probatur: quod corream proprium solverit debitum, non alienum. *l. in duobus 3. §. 1. l. duos*
2. *6. §. 1. ff. d. duob. reb. constit.* Negotiorum * gestorum verò actio nunquam

nunquam competit ei, qui vel suum gessit negotium, licet alii quoque profuerit: *l. creditor 60. §. 1. ff. mandat. vel *alienum quidem gessit negotium, sed nisi gessisset illud, ne suum quidem gerere potuisset. l. heredes 25. §. non tantum 6. ff. famil. ercisc. l. si quis putans 6. §. sive autem 2. versic. hoc autem & versic. ceterum ff. comm. divid. l. si communes 40. ff. h. t. D. Rümlin. d. th. 2. lit. D.*

Non * obstat *Lex facto 30. ff. negot. gest.* in qua curator eò quòd subcurator siliginem miscendo corruperat, totum siliginis pretium solverat, & dicitur, curatorem adversus subcuratorem eo nomine negotiorum gestorum actione experiri posse. Respondemus * enim: licet proprio nomine ut obligatus solverit curator; solvit tamen ex ipsius subcuratoris facto, cui soli culpam suam nocere æquum est. Sed * alia est correorum debendi ratio: hi ideò negotiorum gestorum actione invicem experiri non possunt, quòd non solum ex propria persona & obligatione, sed etiam ex proprio facto singuli in solidum teneantur. Anton. Fab. *conject. libr. 11. c. 7. D. Bocer. ad §. 1. h. t. n. 67. & seqq. D. Harppr. hic n. 76.*

Controversia VII.

Indebitum juris errore solutum repeti potest.

Summaria

De divisione erroris in facti & juris errorem. n. 1.

Quid sit error facti. n. 2.

De subdivisione erroris in facti proprii & alieni errorem. n. 3.

Error facti proprii excusationem non habet. n. 4.

Quid sit error iuris n. 5.

De subdivisione erroris juris, in iuris naturalis & positivi errorem. n. 6.

Error iuris naturalis excusationem non tribuit. n. 7.

Error iuris positivi excusationem habet, non in compendiis, sed in damnis amittendæ rei suæ. n. 8. & 9.

Iuris error indebiti conditionem non impedit. n. 10.

Quæ opinio in divisione cohæredum errantium maximè procedit. n. 11.

Opinionis nostræ prima limitatio. n. 12. & 13.

Secunda limitatio. n. 14.

Sublimitatio. n. 15.

Opinio nostra communis est. n. 16.

ERror * duplex est in jure nostro: facti & juris. *t. t. ff. & C. d. jur. & fact. ignorant.* Error * facti est: cum quis ignorat hoc vel illud accidisse: ut si quis nesciat, mortuum esse illum, cujus ei hæreditas lege

- lege obvenit. l. i. pr. ff. d. t. aut testamentum ab eo conditum esse.
3. l. i. §. 4. in fin. eod. tit. Error * facti iterum duplex est, vel proprii vel alieni. l. quanquam 7. ff. ad Sct. Vellejan. l. fin. ff. pro suo l. plurimum 3. ff. d. jur. & fact. ignorant. Error * facti proprii excusationem habere non solet. d. l. 7. l. item quaeritur §. si fullo l. sed addas §. i. ff. locat. l. cum falsum 46. ff. d. adquir. heredit. l. in furti 50. §. recte ff. d. furt. Wesenbec. in w. ff. d. jur. & fact. ignorant. Error * juris est, cum quis jus suum ignorat. d. l. 3. ut si quis putet defuncti uxorem in successione sibi praeferrere. l. i. ff. eod. tit. Qui * similiter duplex est: vel enim est juris naturalis, seu Divini, vel juris positivi. Gloss. in regula 9. d. t. Illa * indistincte nocet, nec excusationem meretur, l. 2. C. d. in jus vocand. §. i. instit. d. obligat. quae ex delict. nasc. hac * verò, licet in compendiis quaerendis & lucro faciendo noceat; l. juris ignorantiam 4. & l. 7. ff. d. jur. & fact. ignor. l. 2. ff. d. confess. l. cum quis 10. C. eod. l. pen. §. pen. & ult. d. t. l. error. C. ad L. Falcid. tamen * suum petentibus, hoc est rem propriam non incommodat: d. l. 7. juris enim errorem in damnis amittendae rei nemini obesse; responsum est à Papiniano JC. in l. error 8. ff. d. jur. & fact. ignorant. Unde * juris errorem indebiti conditionem non impedire, respondit Marcian. JC. in l. qui exceptionem 40. & Papinianus in l. si fidejus. 59. ff. d. condict. indebit.
11. Quae * opinio maxime procedit in divisione cohæredum errantium: ubi error tam in facto quam jure excusat; etiam si indebiti conditioni juramento renunciatum sit: tradente Stephano Gratiano discept. forens. c. 324. per tot.
12. Verum * limitatur secundum supra tradita eadem opinio i. in debito naturali; quod sc. de naturæ jure debetur. l. si non sortem 26. §. libertus 12. ff. d. condict. indebit. l. cum amplius 84. §. i. ff. d. R. l. ut * si legatum minus solenniter relictum esset, quod solutum repeti non posset: modò de jure Gentium validum esset. Nicol. Mozz. d. contract. d. condict. indebit. n. 11. ubi plura exempla adducit. Wesenbec. in w. ff. d. condict. indebit. n. 6. Bachov. p. 1. disput. 22. th. 6. lit. C. pag. 868. D. Rümmlin. Exercit. 16. th. 6. lit. B.
14. 2. Limitatur * ut vera sit hac opinio, si quis de damno vitando non de lucro captando certet, hoc enim casu cessat repetitio. l. juris ignorantia 7. ff. d. jur. & fact. ignorant. ubi Jason. Francisc. Cardinal.

Cardinal. Mantic. *decis.* 261. n. 8. Gratian. *d. discepat.* 324. n. 15. Cravett. *consil.* 188. n. 10.

Quæ * duæ tamen limitationes sublimitantur in errore juris ambigui & obscuri, qui facti errori comparari solet. Mantic. *d. dec.* 261. n. 7. Joh. Petr. Surd. *decis.* 281. n. 9. p. m. 749. Mascard. *d. probat. conclus.* 639. Anton. Gabriel. *commun. conclus. libr. 6. tit. d. præscript. conclus.* 14. n. 7. & seqq. Petr. Gilken. *d. præscript. part. 2. memb. 1. c. 3. & c. 13.*

Cæterum * juris errorem indebiti condictionem non impedire, nisi naturalis subsit obligatio; est communis Dd. opinio, quæ defendunt inter alios Donell. *libr. 1. comment. c. 21. & libr. 14. c. 14.* Wessenbec. *in x. ff. d. juris & fact. ignorant. n. 4.* Johan. Robert. *l. 1. sentent. c. 6. & 7.* Francisc. Duaren. *ad tit. ff. d. condict. indebit. D. Harpprecht. ad §. 6. h. t. n. 7.* Bachov. *d. th. 6. lit. D. Dn. Schütz. Exercitat. 17. th. 10. pag. 265. & seq.* Andr. Clud. *d. condict. indebit. c. 1. n. 14.* D. Wilhelm. Anton. Freudebergic. *d. rescript. morat. tit. 9. conclus. 66. n. 224.* Philipp. Matth. *ad tit. ff. d. R. I. ad l. 53.* Timæ. Fab. *disput. 25. th. 5. ad versic. controversi hic solet. & c.*

Controversia VIII.

Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti nequit.

Summaria.

Quæ actiones inficiando in lite crescant. n. 1. 2. 3. & 4.

Quæ ratio sit, quod actiones quædam inficiando in lite crescant, remissivè. n. 5.

Explicatio §. *fin. h. t.* ab Autore tradita. n. 6. 7. 8. & 9.

Quæ explicatio confirmatur. n. 10. 11. 12. & 13.

Actiones * quæ inficiando in lite in duplum crescant sunt actio L. Aquiliæ: l. inde Neratius 23. §. hac actio ff. ad L. Aquil. l. item veniunt 20. §. cum prædiximus ff. d. petit heredit l. 4. C. ad L. Aquil. §. ex maleficiis versic. sed & legis Aquiliæ instit. d. act. actio * depositi: si eo nomine agatur, quod tumultus, incendii, ruinæ, naufragii causâ depositum sit: §. rei persequenda & §. sed furti ibi: & interdum depositi instit. d. act. & * ante Justinianum Imperatorem actio legatorum per damnationem relictorum; hodie verò actio omnium legatorum, quæ pietatis intuitu relicta sunt. §. ult. h. t. & d. §. ex

X x x x

male-

4. *maleficiis.* In * quibus causis, si reus interrogatus in jure confitebatur, actio in simplum dabatur; sin verò inficiebatur, in duplum.
5. Quæ * verò ratio sit hujus constitutionis, de eo sanè Dd. diversas tenere opiniones deprehenduntur: veluti hoc apud Dn. Bocer. *in explicat. l. ea quæ 4. C. d. condict. indebit. tract. d. donat. junct. Hunn. p. 1. disput. 22. th. 10. lit. C. q. 33. & Bachov. ad §. fin. h. t. viderelicet.* Quicquid * hîc statuunt alii, Nos rem tali exemplo explicam⁹: legatum * ad pias causas relictum hæres negat esse relictum, vel saltem differt solutionem ejus, usq; dum jussu Magistratus conveniatur. *d. §. sed furti quidem 26. versic. sed illa & c.* ut idè sic in duplū teneatur. Postea * verò hæres solvere volens, viginti aureos legatos esse putat, sicq; solvit duplum nempe 40. cum tamen reverà legati tantum essent 15. & sic in 30. duntaxat teneretur. Quæritur * igitur, An quod ultra duplum verè summæ legatæ per errorem exsolvit nempe 10. repetere possit? Quod * negatur *in d. §. fin. h. t.*
6. Quæ * sanè explicatio meritò retinenda est: credendum enim non est, Legislatores tam iniquas tulisse leges, ut id quod planè nō debetur, repeti non possit: quantus etiam sit causæ favor. Neque * enim favor causæ facere hîc poterit, ut injustitia exerceatur & justitia lædatur; cum * igitur nobis neq; commodiorem neque æquiorē *§. h. fin.* explicationem videre contigerit; ideoq; omnibus aliis interpretationibus præferenda erit: quam & Martinum antiquū Glossatorē comprobasse; testatur Angelus *d. Perus. in d. l. 4. C. d. cond. indeb. D. Rümlin. Exercit. 16. th. 6. lit. D.*
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13

PER QUAS PERSONAS

nobis obligatio acquiritur.

T I T U L U S XXIX.

Controversia I.

Obligatio per procuratorem adquiri potest.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. & 2.

Objectio ex l. 1. C. per quas person. nob. adquir. & §. 10. instit. d. inutil. stipulant. n. 3.

Solutio. n. 4.

Quod

QUOD * domino per procuratorem obligatio adquiri possit, perspicuè probat l. 2. C. per quas person. nob. adquir. l. Iulianus 13. § si procurator 25. ff. d. act. empt. l. quod procurator 68. ff. d. procurat. l. si procurator 79. ff. d. V. O. l. si pecuniam 26. ff. d. reb. credit.

Gui * contradicere videtur l. 1. C. per quas person. nob. adquie. & §. alteri 18. instit. d. inutil stipulat.

Quos * sanè textus variè conciliare solent Interpretes: quidam enim distinguunt inter jus strictum & æquum: nonnulli inter actionem realem & personalem, alii inter jus vetus & novum: alii verò inter actionem directam & utilem. Quam * ultimam conciliationem nos acceptamus & sequimur: quippe cum ea in d. l. 13. §. 25. expressè fundata reperiatur. D. Rümlin. Exercit. 16. th. 7. liter. E.

QUIBUS MODIS TOL- litur obligatio.

TITULUS XXX.

Controversia I.

Debitor in diem ante diem invito creditori solvere potest.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Obiectio ex l. 3. §. 14. ff. d. stabulib. n. 8.

Solutio. n. 9. & 10.

Obiectio ex l. 102. pr. ff. d. solut. n. 11. & 12.

Solutio. n. 13.

Limitatio. n. 14. 15. & 16.

Opinio nostra communis est. n. 17.

Nec jure Novo Wirtembergico correctæ. n. 18.

ANTE * diemolvere posse debitorem, creditore etiam invito, apertissimis juris textibus comprobatur. Nam * in l. quod certa 70. ff. d. solut. resp. Celsus IC. si certâ die promissû sit, statim dari

XXXX 2

posse;

posse; hanc addens rationem: totum tempus promissori, debitori
 3. sc. liberum relinqui. Cum * *d.l. 70. convenit l. cum tempus 17. in*
 4. *fin. ff. d. R. I.* ubi dicitur: in stipulationibus promissoris gratia tem-
 5. pus adjici. Et * *l. eum qui 41. §. 1. ff. d. V. O.* in qua ait Vlpianus JC.
 diei adjectionem pro reo esse: non pro stipulatore. Item * *l. stipu-*
latio ista habere 38. §. inter 16. d. t. ubi inquit idem Vlpianus: ex certa
 die promissum vel statim dari posse, totum enim medium tempus
 6. ad solvendum liberum promissori relinqui. Vt * & *l. continuum 17.*
§. cum ita 2. versic. nam & quod. d. t. in qua expressè dicit Vlpianus
 7. IC. quod in diem debetur antè solvi posse, licet peti non possit. Et
 * hisce juris textibus dilucidis perspicuè satis colligitur: Diem non
 in creditoris, sed debitoris gratiam & favorem obligationibus ap-
 poni: quid ni igitur debitor favori suo renunciare & debitum ante
 diem solvere posset?

8. Neque * obstat *l. statuliberos 3. §. quid si servus 4. d. statulib.*
 ubi traditur: quòd servus bima trima die sicq, tribus pensionibus
 9. triginta dare jussus totum simul offerendo ad libertatem perveniat,
 idque benignè receptum sit: inde * colligi posse videtur, jus regu-
 10. lare in contrarium esse. Nam * respondemus: trinam præstationem
 à testatore in *d. l.* in hæredis (creditoris scilicet) gratiam appositam
 fuisse, ut servus ei triennium inserviret.

11. Nec * obstat *l. creditor 102. pr. ff. d. solut.* in qua creditor pecu-
 niam à debitore oblatam accipere distulit, postea autem pecunia,
 ut arosa jussu Præsidis sublata est; & dicitur periculum creditoris
 12. non esse. Vnde * videtur, debitorem non rectè ante diem solvere
 13. potuisse: aliàs enim creditoris periculum fuisset. Etenim * in *d. l.*
102. justis de causis impeditus fuit creditor, pecuniam accipere: nec
 enim tenetur creditor absens vel necessariis occupationibus disten-
 tus debitorem sequi & solutionem accipere.

14. Caterùm * si in creditoris gratiam dies fuisset appositus, pro-
 cul dubio debitor ante diem solvere non posset: *l. qui Romæ 122. pr.*
 15. *ff. d. V. O.* quod * vel in obligatione comprehendi, vel evidentibus
 argumentis probari debet. Treutl. *vol. 2. disput. 29. th. 2. lit. I.* Aliàs
 16. * in dubio dies debitoris gratia adjectus censetur. Anton. Gomez.
d. qualitat. contract. c. 11. n. 22. versic. ex quibus primò infero Ioh. Petr.
Surà. d. aliment. privil. 34. pr. Stephan. Gratian. *disceptat. forens. c.*
505. n. 30. & 31. Anton. Fab. *libr. 1. conjectur. c. 1.* Donell. in *l. 41.*

§. 1. n. 47. ff. d. V. O. & libr. 15. comment. jur. civil. c. 8. Coras. in l. 38. §. 16. ff. d. V. O. Vultej. libr. 1. Iurisprud. Roman. c. 53. Bronchorst. cent. 4. assert. 63. Harppr. ad pr. tit. instit. quib. mod. re contr. obligat. num. 108. & seqq. Bach. ad Treutl. d. l. fol. 1004.

Et * hæc est communis Dd. opinio: teste Treutlero d. l. & à jure veteri Wirtembergico comprobata est. fol. 84. tit. Wie ge-
 liehen Geld oder Gut gefordert vund bezahlt werden soll. Nec * jure
 novo Wirtembergico correcta legitur. D. Rümlin. Exercit. 16.
 th. 8. lit. C.

Controversia II.

Acceptilatio per procuratorem fieri nequit.

Summaria

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. & 2.

Limitatio. n. 3. & 4.

Sublimitatio. n. 5. 6. 7. & 8.

PROCURATOR * neque liberari neque alium liberare acceptilatio-
 ne potest; l. & per jusjurandum 13 §. tutor 10. ff. d. accept. cum *
 actus legitimus sit acceptilatio, l. 77. ff. d. R. I. qui per procurato-
 rem non rectè expeditur. Nisi * procurator novatione factà prin-
 cipalis obligationem vel in se recipiat, vel sibi ipsi stipuletur: quib?
 * casibus, vel alium liberare, vel ipse liberari acceptilatione potest,
 d. l. 13. §. 10. ff. d. accept.

Vt * autem novare sic possit procurator, speciale mandatum
 exigitur. l. 3. ff. d. accept. Cujac. 5. observat. c. 36. & 15. c. 16. Bach.
 p. 2. disput. 29. th. 4. lit. B. pag. 1027. Forster. disput. 19. th. 10. Et *
 ergò mandatum ad novationem potius pertinet, quàm ipsam acce-
 ptilationem: quippe * expressè mandari non potest acceptilatio;
 licet mandatà novatione tacitè ea mandetur. Nam * ut di-
 citur in d. l. 77. ff. d. R. I. actus legitimi tacitè recipiunt, quæ apertè
 comprehensa vitium pariunt.

Controversia III.

Acceptilatio inutilis utile continet pactum.

Summaria.

Fundamentum hujus sententiæ. n. 1. & 2.

Differentiæ ratio inter acceptilationem & stipulationem. n. 3. 4. & 5.

X x x x 3

Quamvis

1. **Q**uamvis * inutilis stipulatio utile pactum non pariat; l. 1. §. si
2. quis ita 2. ff. d. V. O. tamen * inutilis acceptilatio utile pactum
3. producit. l. si unus 27. §. pen. ff. d. pact. l. an inutilis 8. pr. & l. si ac-
4. cepto 19. pr. ff. d. accept. Differentiæ * ratio est: quòd stipulatio ad
5. obligationis constitutionem tendat, acceptilatio verò ad ejus dis-
- solutionem. Sed * multum interest, ut ait Paulus JC. in l. Arrianus
47. ff. d. O & A. utrùm aliquis obligetur, an aliquis liberetur; ubi
- * de obligando quæritur, propensiores non esse debemus, si habea-
- mus occasionem, ad negandum: ubi de liberando ex diverso, ut
- facilior sis ad liberandum. D. Rümlin. Exercit. 16. th. 9. lit. B. Bach.
- p. 2. disput. 27. th. 4. lit. B. pag. 1027.

Controversia I V.

Præcedens obligatio pœnæ stipulatione non novatur.

Status controversiæ. n. 1.

Fundamentum hujus sententiæ. n. 2. 3. 4. & 5.

Objectio ex l. 44. §. fin. ff. d. O. & A. n. 6.

Solutio. n. 7. 8. & 9.

1. **S**I * quis v. g. factum stipulatus sit, & nisi fiat pœnam stipuletur,
2. atq; commissa sit stipulatio, quæritur an facti stipulatio per pœ-
3. næ stipulationem novetur? Quod * rectius negatur. Quælibet
4. enim stipulatio à fine suo æstimatur; pœnalis * autem stipulatio nō
5. hoc fine additur, ut novet priorem obligationem, aut transfundat,
6. sed ut firmiorem eam reddat magisq; stipulatori cautum sit. §. ult.
7. instit. d. legat. §. ult. instit. d. verbor. obligat. Pœnalis * etiam stipu-
8. latio quodammodò accessoria est præcedentis principalis obliga-
9. tionis; absolum * verò esset, accessorium principale destruere,
10. vel novare.
11. **Ob**ijcitur * l. obligationum ferè 44. §. fin. ff. O. & A. Sed * re-
12. spondendum est in d. l. 44. non esse veram, sed quasi novationem:
13. nam * reus ad litis usque contestationē factum offerre potest, quod
14. non posset, si præcedens obligatio in pœnalem transfusa atque sic
15. novata esset. Pœna * tamen umbram quandam novationis ope-
16. ratur: quatenus post litis contestationem factum offerre amplius
17. nequit. l. si insulam 84. ff. d. V. O. Harppr. hic n. 27. & seq. tom. 3. Rüml.
18. Exercit. 16. th. 11. lit. A. & B. Knipschilt. exerc. Acad. 6. q. 28 p. 233. cū seq.

Contro-

Controversia V.

Per litis contestationem novatio inducitur.

Summaria.

Duplex est novatio voluntaria & necessaria. n. 1.

Quæ sit voluntaria. n. 2.

Quæ sit necessaria. n. 3.

Quæ novationis distinctio stabilitur. n. 4. 5. 6. & 7.

Obiectio. n. 8. & 9.

Duplex solutio. n. 10. 11. & 12.

Obiectio. n. 13. & 14.

Solutio. n. 15. 16. 17. & 18.

Hæc novationis distinctio communiter recepta est. n. 19.

Vbi manet prior obligatio & nova forma ei adjicitur, à Dd. impropria dicitur novatio. n. 20. & 21.

Interpretes * nostri duplicem faciunt novationem, voluntariam & necessariam. Voluntariam * dicunt illam, quæ extrâ judicium expressâ conventionem initur; necessariam * verò, quæ in judicio per litis contestationem. Quæ * recepta novationis distinctio ex l. *aliam causam* : 29. ff. d. *novat.* fundamentum suum habet ubi ait Paulus IC. *aliam causam esse novationis voluntariæ & judicii accepti.* Ex * quo sequitur, ut vera sit utriusq; novationis oppositio: judicii accepti novationem necessariam esse. Idque * rationem habet: nam debitor nolens volens ad eam compellitur: quippe judicium in invitum redditur. l. 38. §. 1. ff. d. *V.O.* Et * quod per litis contestationem novatio inducatur, colligitur etiam ex l. 3. §. *idem scribit* ff. d. *pecul.* ubi affirmat IC. sicut stipulatione; ita in judicio quoque contrahi.

Sed * objicitur: quod novatio non tacitâ, sed expressâ conventionem fieri & induci debeat. l. *fin.* C. d. *novat.* Illa * verò novatio, quæ per litis contestationem induci dicitur, tacitè induci censeatur. Respondetur * r. verum hoc esse in novatione voluntaria, non necessaria: siquidem in invitum redditur judicium. l. *inter stipulantem* 38. §. 1. d. *V.O.* 2. Resp. * regulariter verum illud esse: novationem expressâ conventionem fieri debere; sed tamen dari casus speciales, quibus ea tacitè inducatur: veluti * quando posterior obligatio plus in se continet, quàm prior obligatio; quo casu à priori obligatione recessum & nova obligatio facta censetur: per textum in l. *si pupillus* 9. §. *qui actum* 2. ff. d. *novat.* & delegat Gloss. in l. *fin.*

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13. *l. fin. d. t. Jason. in l. quibus idem ff. d. V. O. Zas. in l. qui bis idem d. t. n. 25. & 29. Stephan. Gratian. disceptat. forens. c. 299. n. 3. & 22. Anton. Gabriel. libr. 2. consil. 170. n. 5. Nam * incompatibilitas eo casu veram inducit novationem: per tradita Anton. Gabriel. consil. 81. n. 3. libr. 1. Decian. consil. 21. n. 69. vol. 1. Gratian. discept. forens. c. 553. n. 34. & c. 509. n. 10. & 23.*
14. *Objicitur * etiam: quod tum fieri censeatur novatio, ubi prior obligatio per posteriorem tollitur; l. 1. ff. d. novat. & delegat. per **
15. *litis contestationem verò prior obligatio non tollatur, l. fundum 28. versic. nec si litem actor. eod. tit. sed perpetuetur. l. omnes actiones 139. ff. d. R. I. Respondetur: * quod, licet novatio, quæ fit per litis contestationem, non immutet naturam obligationis, ex qua primum agi cœptum est, ejusdemque actionis natura maneat; tamen*
16. *ratione formæ ea mutetur: siquidem * illa, quæ erat temporalis fit perpetua: §. 1. in fin. instit. d. perpet. & temp. act. l. 1. & 2. C. d. annal. except. & quæ in hæredes non transibat, in hæredes transitoria. l. omnes 26. l. constitutionibus 33. l. sciendum 58. ff. d. O. & A. l. pœnalia 164. ff. d. R. I. l. unic. C. ex delict. defunct. in quant. hæred. conven. Ut * proinde obligatio secundum quid per litis contestationem novetur: quod * in hac necessaria novatione sufficit.*
17. *Quam * novationis distinctionem Dd. communiter comprobârunt. Gloss. in d. l. fin. Bartol. in l. si pecun. ff. si cert. pet. Petr. Fab. ad l. 86. ff. d. R. I. Speculat. in tit. d. oblat. libell. §. 1. n. 23. Donell. libr. 16. comment. c. 20. Anton. Fab. in Codic. libr. 4. tit. 2. definit. 7. n. 11. & conject. libr. 16. c. 14. Zang. d. except. p. 2. c. 3. n. 28. & seqq. Besold. in delib. jur. ex libr. 46. ff. q. 2. p. 177. Bachov. ad §. 3. h. r. n. 2. & 3. p. 849. Knipschilt. exercit. Academiæ. 13. q. 8. Umm. d. process. disput. 12. th. 5. n. 22.*
18. *Caterum * illam novationem, ubi manet prior obligatio & nova forma ei adjicitur, impropriè esse novationem; dicunt Dd. nam * talis novatio sit cumulativa prioris obligationis: quasi addatur secunda obligatio, non ut prior sit perempta, sed ut efficacius debeat: per l. obligationum fere 4; §. fin. ff. d. O. & A. Gloss. in l. 1. C. d. judic. l. duobus d. execut. rei judicat. Bartol. in l. nepoti d. fund. instruct. Mantic. d. tacit. & ambig. convent. libr. 17. tit. 1. n. 3. Stephan. Gratian. d. c. 290. n. 7, ubi hoc exemplo juramenti & sententiæ declarant.*
19.
20.
21.

Controversia VI.

Delegatio debitore delegando invito fieri non potest.

Summaria.

Novatio olim tacite introduci potuit, hodie verò speciatim & expresse fieri debet. n. 1.

Quod in delegatione quoque verum est. n. 2.

Novatio nisi expresse facta, ne ope quidem exceptionis opponi potest. n. 3.

Nisi per evidentes & urgentes conjecturas colligatur. n. 4.

Quæ requirantur ad delegationem. n. 5.

Delegatio non rite facta debitorem non liberat. n. 6.

Si verò rite facta eum liberat ita: ut, licet solvendo non fiat delegatus debitor; tamen delegans non teneatur. n. 7. & 8.

Limitatio huius. n. 9.

Ejusdem alia limitatio. n. 10.

Principalis controversia stabilitur. n. 11. 12. 13. 14. & 15.

Objectio ex l. 1. pr. ff. solut. matrim. n. 16. 17. & 18.

Triples solutio. n. 19. 20. & 21.

Ampliatio. n. 22. 23. 24. & 25.

Limitatio. n. 26 & 27.

Opinio nostra communis & recepta est. n. 28.

ANte * Justiniani Imperatoris constitutionem in l. fin. C. d. novat. & delegat. etiam tacite introduci poterat novatio: quod deinde correxit & mutavit Imperator, ita, ut hodie novatio non fiat, nisi contrahentes specialiter remiserint priorem obligationem & hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint: veluti habetur in d. l. fin. Quod * non solum de novatione in specie ita dicta (liquidem & genus est & species) sed etiam de delegatione accipiendum est. Et * in tantum verum esse dicunt Dd. ut novatio, quæ olim ipso jure fiebat, hodie ne quidem ope exceptionis facta esse intelligatur: nisi * adeò verisimiles & urgentes adsint conjecturæ: ut ex iis perspicuum esse possit, à prima obligatione recedere partes & illam in novam transfundere voluisse: quâ ratione Justiniani constitutioni satisfactum esse censeatur: cum leges non verbis, sed rebus potius positæ esse debeant. Andr. Geil. 2. 2. observat. 30. per tot. Dominic. Arumæ. libr. 2. decis. 3. Anton. Merend. libr. 1. controvers. c. 25. Andr. Schæff. libr. 2. q. 13. n. 21. & 22. de quo aliquid in præcedenti quoque controversia n. 11. & seqq. dixim⁹.

5. Delegatio * autem, quæ ipsa est novatio, ut ritè & legitimè facta censeatur, hæc tria requirit: 1. ut debitor delegandus verus sit debitor: 2. ut mandatarius promittat creditori principali per stipulationem: 3. ut per præcedentem stipulationem solutionis promissio fiat creditori, cui fit delegatio, eamq; is acceptaverit. *l. 1. C. d. novat. l. delegare 11. §. 1. ff. eod. tit.* Quæ est communis Dd. opinio. Gloss. in *l. quamvis §. si mulier* ubi Castrenf. ff. *ad Sc. Vellejan.* Sichard. *ad rubric. C. d. t. n. 15. & 16.* Surd. *decis. 23. n. 5. & 6.* Geil. *d. observat. 30. n. 8.* Anton. Fab. in *Codic. libr. 4. tit. 11. n. 3. in allegat.* Hartmann. Pistor. in *observat. singular. observat. 87.* ut aded secundum Dd. sola promissio non sufficiat. Anton. Gabriel. *commun. conclus. libr. 3. tit. d. novat. n. 19. & seqq.* Quæ * tria si non concurrant & interveniant in delegatione: primus debitor obligatus adhuc manet; sin * verò eo modo ritè facta sit delegatio, liberatur ita quidem: ut, etiam si debitor iste delegatus solvendo non fiat, tamen creditor adversus debitorem suum delegantem regressum non habeat: quia * bonum nomen facit creditor, qui debitorem delegatum admisit. Don. Garf. Mastrill. *decis. 177. libr. 2.* Arnold. Reyger. in *thesaur. jur. verb. delegatio n. 6.* ubi * tamen hoc ita limitat: ut tum procedat, quando creditor nomen debitoris suo periculo secutus fuerit, secus si periculo ipsius debitoris: quia tunc non liberetur debitor, sed adhuc teneatur, ad id quod minus ab illo debitore delegato servari potest. *l. inter causas 26. §. abesse 2. ff. mandat. l. cum ea conditione 68. §. creditor. 1. ff. d. evict. l. si mandatu meo 45. §. quod mihi 7. ff. mandat.* Delegantem * etiam quasi decoctum vel quasi de proximo decocturum non liberari; tradit Hieronym. Magon. *decis. Florent. 39.*
- 6.
- 7.
- 8.
- 9.
- 10.
11. Verum * ut ad decisionem & resolutionem principalis controversiæ nostræ veniamus, An delegatio invito debitore delegando fieri possit; præmissis iis quæ diximus hæctenus, haud difficile erit ad veram & fundamentalem ejus resolutionem venire: nam novationem esse delegationem & ided expressè & speciatim fieri eam debere, exinde consequitur: quin * licet per evidentes conjecturas induci possit novatio, sicut dictum; tamen expressa obligatio & stipulatio in delegatione intervenire debet: ut ided debitor delegandus cogi non possit, novum creditorem acceptare ei que se obstringere: nam * in *d. l. 1. C. d. novat.* expressè rescribit Alexander Impe-
- 12.
- 13

Imperator: quòd delegatio debiti nisi consentiente & stipulanti promittente debitore juri perfici non possit. Qui * textus ita apertus & manifestus est, ut nullâ ratione evitari & eludi possit. Et * hæc opinio hâc evidenti ratione subnixa est: quòd nemo invitus obligari debeat. *l. 16. C. d. jur deliber. l. 5. C. d. obligat. & act.*

Neque * obstat *l. soluto 2. pr. ff. d. solut. matrim.* ubi respondit Ulpianus JC quòd soluto matrimonio dos mulieri solvi debeat; nec cogatur maritus alii eam ab initio stipulanti promittere, nisi hoc ei nihil noceat: nam * si incommodum aliquod maritus suspectum habeat, non debeat is cogi alii, quàm uxori promittere. Ex * quo textu colligi possit: quòd, si debitoris delegandi nihil intersit alii se obligare, is ad obligandum se compelli possit. Non * obstat dicimus ista *l. 2. respondemus enim*: quòd, quoniam dos privilegiata est, hoc ad alios casus, in quibus deficit istiusmodi privilegium, extendi non possit: & * quod diversitatis ratio etiam in hoc sit inter utrumq; casum: quoniam mulier retentionis jure uti possit; nec * in specie *d. l. 2. comoda sit ratio cedendæ actionis*, quam mulier demum habeat in casum soluti matrimonii, quem expectare fas non sit; colligitur *ex d. l. 2. & tradit Bachovius in not. ad Treutl. p. 2. disput. 29. th. 6. lit. D. p. 1048. & seq.*

Quæ * sententia nostra ampliatur: ut creditor nec officio Judicis ad hoc cogi possit: Judicis * enim officium eò se non extendit, ut id exercere possit legibus invitis: sic enim omnes salutare constitutiones & sanctiones facile eluderentur. Vt * proinde Sichardi distinctio in *d. l. 1. n. 7.* inter jus strictum & æquum attendi hîc non possit: siquidem * ubi jus est apertum & manifestum, æquitatem fingere non licet.

Sed * limitatur eadem opinio ita: ut quamvis cogi non possit debitor, ut se delegari patiatur; tamen nominis venditio & cessio adversus eum etiam invitum & ignorantem fieri possit. Nam * hîc novâ obligatione non implicatur debitor, sed solum solutionem veteris obligationis & exactionem creditor mandat alteri: *l. 3. C. d. nov.* quod invito etiam debitore fieri posse certum est *d. l. 1.* Quæ * est recepta Dd. opinio. Accurs. *ad d. l. 1. Geil. d. l. n. 8. Sich. ad d. l. 1. n. 4.*

Ant. Fab. in *C. lib. 4. tit. 7. defin. 1. n. 13. Wesenbec. in w.*

ff. d. novat. num. 19. Treutler. d. disput. 29.

th. 6. lit. D.



Liber IV.

De

OBLIGATIONIBUS QUÆ ex delicto nascuntur.

TITULUS I.

Controversia I.

Furtum Lege Naturali prohibitum est.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Objectio ex quarundum Gentium malis institutis desumpta. n. 9. & 10.

Solutio. n. 11. & 12.

1. **F**urtum * Lege naturali prohibitum esse; dicit Justinianus Imperator in §. 1. h. t. & respondit Ulpianus J.C. in l. probrum 42. ff.
2. d. V. S. ubi Ioh. Gædd. n. 7. Idque * Lex Naturæ cordibus hominum inscripta cuilibet dictat. Et constat ex eo: quod Lex naturæ omne id aversetur & improbet: quod humanam turbat societatem.
3. At * verò furta humanam turbare societatem, negari non potest:
4. quæ * enim confusio in Republica non exoriretur, si furta hominibus permissa essent? Nihil * etiam magis Naturæ est contrarium,
5. quàm cum alterius jactura & detrimento locupletem fieri. l. jure naturæ 206. ff. d. R. I. Atquin * fur cum tertii injuria & damno locupletior fieret. Et * probat idem: quod tria illa juris præcepta in §. juris præcepta 3. instit. d. justit. & jur. & in l. justitia 10. §. 1. ff. eod. sit. honestè vivere, alterum non ledere & suum cuiq; tribuere, ex principiis juris naturæ sint deprompta: cui è diametro adversatur alteri suum auferre. Unde * furta ab omnibus penè Gentibus prohibita & damnata fuisse, ut ab Hebræis, Atheniensibus, Romanis, Scythiis, Indis, Tartaris & Moschovitis aliisque populis; ex Historicorum monumentis comprobatur Besold. p. 2. delib. jur. ex lib. 47. q. 4.
- 8.

Quam

Quamvis * verò à Gentibus quibusdam permiffa fuerint furta : ut de Ægyptiis, Spartanis, Lacedæmoniis aliisque fcribit Gellius *libr. 11. noct. attic. c. 18.* & Bonifac. *in tract. de furt.* tamen * corrupti Gentium quarundam mores jus Naturale, vel Gentium non protinus constituunt. Et * licet etiam totus mundus approbaret furta ; tamen perpetuò verum maneret, furta lege Naturali prohibita esse. Sed * nec Gentes istæ simpliciter approbârunt furta ; sed cum modo & speciali ex ratione : nimirum Junioribus tantum ea permisserunt, militaris exercendæ & acuendæ industriæ causâ : teste Xenophonte *in descript. Reipublic. Spartanæ.* Diodor. Sicul. *libr. 2. Biblioth. c. 3.* Plutarch. *in Laconic. instit.* Lambert. Danæ. *libr. 2. Ethic. Christian. c. 15.* Stephan. Forcat. *in Necyomant. dialog. 3.* Dn. Harpprecht. *ad §. 1. 1. h. t. n. 52.* Johan. Cöpp. *libr. 2. observat. 67. n. 1. & seqq.* Petr. Theodoric. *disp. 2. colleg. crimin. th. 3. ad lit. G. circ. fin.* Bachov. *ad d. §. 1. n. 4.* Forster. *disputat. ult. th. 1. p. 1.*

Controversia II.

Pœna laquei furto constituta dura videtur.

Summaria.

De pœna furti secundum Carolinam Constitutionem criminalem & Germaniæ consuetudinem. n. 1.

Fundamenta opinionis nostræ. n. 2. 3. 4. & 5.

Obiectio. n. 6.

Solutio. n. 7. & 8.

Obiectio. n. 9.

Solutio. n. 10. 11. & 12.

Politiconum nonnullorum hac de controversia sententia. n. 13. & 14.

Hodie * secundum Carolinam Constitutionem criminalem *artic. 157. & seqq.* & notissimam Germaniæ consuetudinem is, qui quinque solidos Hungaricos furatus est, laqueo punitur. D. Bocer. *in tract. d. furt. c. 1. n. 44. & seqq.* Unde * tam inter Theologos quàm Jcc. controversi solet, An justa hæc sit strangulationis pœna ? Et * sanè satis durum est : ut homo ad Dei imaginem creatus vilissimarum rerum pretio vilior esse debeat. Fernand. Vasq. *illustr. controvers. libr. 1. c. 8. n. 48.* Quod * ipse Deus tanquam Sapientissimus Judex in Veteri Testamento consideravit, dum *Exod. 6. 22.* ita sanxit : ut fur bovis & vituli quinduplum, ovis vel pecudis quadruplum restituat. Et * varias variarum Gentium pœnas citrà

mortem refert Dn. Jacob. Speidelius in *notabil. juridico-Historico-polit. verb. Dieb vnnnd Diebstal pag. 20. & seq. & Bachov. in not. & animadvers. in Treutl. p. 2. disput. 30. th. 3. lit. G. pag. 1091.*

6.

7.

8.

Objicitur * quidem & verum est: crescentibus delictis & pœnam crescere sive augeri debere. Sed * facilè huic reponi potest: quòd de eodem genere pœnæ intelligendum hoc sit. Necessum * aliàs esset: omnibus ferè delictis mortis pœnam constituere & præfinire: cùm in extremis hisce temporibus tanta sit multorum hominum audacia & temeritas, ut cuncta crimina & peccata in summo flore vigere videantur.

9.

10. 11.

12.

13.

14.

Objicitur * etiam: per furta humanam turbari societatem. Sed * & hoc quidem verum; consequentia verò negatur: ratio * negatæ consequentiæ hæc est: quòd hoc quod de turbatione humanæ societatis dictum non ita simpliciter admittendum sit: cùm * furta clam nec animadvertentibus hominib⁹ committi soleant. Ille * fures puniendi modus approbandus videtur: si fures pœnâ operarum publicarum coërceantur, ut Præstantissimorum Politicorum est judicium. Fures * enim magis labores metuere videntur quàm laqueum: & labores ut evitent, suspendia potius expetunt. Bachov. *d.l.* ubi controversiam hanc eleganter & prolixè pro & contrà disputat. Besold. in *tractat. d. pram. & pœn. c. 4. in prin.* Johann. Cöppen. *libr. 2. observat. 71. per tot.* Dn. Rümlin. *Exercit. 17. th. 3. lit. D.*

Controversia III.

*Creditor rem debitam vel aliam equivalentem
surripiciens furtum non committit.*

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. usq³ ad n. 13. *inclus.*

Objectio. n. 14. 15. & 16.

Solutio. n. 17. 18. & 19.

1.

Qui rem sibi debitam aufert à debitore suo jus crediti amittit. n. 20. & 21.

2.

3.

ILLud * hîc controvertitur, An creditor, rem debitam vel aliam æquivalentem debitori auferens vel clam ei surripiciens, furti teneatur? Et * quamvis nonnulli ex Dd. affirmant hoc, quorum sententiæ & nos antehâc adstipulati sumus; tamen * negativa verior nobis

nobis videtur. Nam * cui non competit definitio, eidem nec competit definitum. Jam * verò præsentī casui non competit definitio furti. Ergò nec definitum. Minor * probatur: quòd definiatur furtum in §. 1. h. t. & l. 1. ff. eod. tit. *contractatio fraudulosa, lucri facendi gratiā: vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve: quod lege naturali prohibitum est admittere.* Is * verò qui rem debitam vel aliam æquivalentem aufert, vel clam surripit, lucrum non facit, nec etiam rem auferendo lucrum facere cupit: quia rem aufert & surripit quæ abest sibi, licet propria ejus non sit. 2. Probatur * eadem opinio: quòd furtum absq; affectu furandi non committatur: nam voluntas maleficia distinguit. l. qui injuria 53. ff. h. t. Unde * qui alio animo rem occultat, aut fraudem committit, non facit furtum: ut qui libidinis causâ alienam ancillam celat: l. verum 39. d. r. aut * qui tabulas instrumentaq; amovet, non lucri facendi sed occultandæ veritatis causâ, qui in crimen falsi incurrere dicitur. in l. Paulus 16. in fin. ff. ad L. Cornel. d. fals. 3. Probatur * hæc sententia ex §. 1. instit. d. vi bon. rapt. ubi is, qui rem alienam pro sua aufert, neque vi bonorum raptorum, neque furti actione tenetur. 4. Stabilitur * nostra opinio per l. eum qui 14. §. 1. ff. d. furt. ubi emptor soluto pretio rem emptam venditori subtrahens furti non tenetur. 4. Accedit * l. ait Prætor 10. §. si debitorem 16. ff. quæ in fraud. credit. fact. in qua conceditur creditori, debitorem fugientem propriâ autoritate apprehendere & pecuniam secum ferentem ei eripere.

Neque * obstat, quod adversarii objiciunt: quòd res nondû propria sit creditoris, sed in debitoris dominio maneat: donec per judicem & juris servato ordine ei detur: §. sic itaq; discretis 14. instit. d. act. l. non est singulis 176. ff. d. R. I. iniquum * etiam sit, in re propria alicui sententiæ licentiam tribuere: l. unic. C. ne quis in propr. caus. l. 1. §. 2. ff. quod legat. & * jus suum tueri debeat creditor, non injuriam comminisci. l. 1. §. 2. ff. quod vi aut clam. Etenim * respondetur: omnia ea vera esse, sed tamen consequentia negatur: quòd sc. hîc furti detur actio: furtum * enim sine affectu furandi & sine lucrandi animo non committitur. Ergò * nec furti actio locum habere poterit. Hoc * verò ex iis, quæ objiciunt adversarii sequitur: injuriâ egisse eum, qui rem debitam propriâ autoritate abstulit & sibi in hoc jus dixit, nec judicis implorato auxilio eam poposcit: proinde * in Edictum Divi Marci, de qua in l. extat. Decretum

13. ff.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

13. ff. quod metus caus. l. si quis in tantam 7. C. und. vi incidit, & jus crediti amittit.

Ceterum *sententiam hanc nostram communem esse; tradunt Eman. Soarez. in *Thesaur. commun. opinion. lit. F num. 391.* Jul. Clar. *recept. sentent. §. fin. §. furtum n. 19. in fin.* Didac. Covarruv. *libr. 1. variar. resolut. c. 2. n. 15.* Francisc. Viv. *libr. 2. commun. conclus. verb. fur. n. 4.* Didacus Cantera *quæst. crimin. q. 9. n. 3. p. m. 292.* ubi admittit eam: licet quis putet, rem sibi debitam esse. Ægid. Boss. in *practic. crimin. tit. d. furt. n. 6. & seqq. pag. m. 258. & seq.* Bachov. *p. 2. disp. 30. th. 1. lit. E. verb. fur autem non est. p. 1062.*

Controversia I V.

Duo hæc Ope & Consilio conjunctim in actione furti non requiruntur.

Summaria.

Quæ opinio stabilitur. n. 1. & 2.

Cui contradicere videtur l. 36. ff. d. condic. furtiv. §. 6. 11. h. tit. n. 3.

Bartoli & Bachovii conciliatio. n. 4. usq. ad n. 10. inclus.

Quam Dd. non admittunt. n. 11.

Doctorum distinctio, an furtum secutum fuerit consilium, annon. n. 12.

Is, cujus ope & consilio commissum est furtum, mitius punitur: si non in ipso actu furandi opem tulit. n. 13.

1. **M**agnam *habet difficultatem, An ut furti detur actio duo hæc Ope & Consilio conjunctim requirantur; an verò sufficiat, alterutrum horum fieri? Planè *in l. si quis 52. §. neque verbo 19. l. furto 50. §. pen. ff. d. furt. l. seq. 53. §. ult. ff. d. V. S. & l. proinde 6. ff. d. condic. furtiv. conjunctim duo hæc requiruntur; nec sufficit, si alterutrum horum commissum sit. Sed *verò in l. qui verò 36. pr. ff. h. t. & §. interdum 11. h. t. contrà est: ubi utrumque conjunctim non requiritur.
- 2.
- 3.
4. Nodum *hunc intricatum post Bartolum in d. l. 53. solvit Bachovius: p. 2. disp. 30. th. 3. lit. D. pag. 1086. & ad §. interdum 11. h. t.
5. homonymiam vocabuli *consilii* evolvendo. Nam *dicit dupliciter hîc usurpari *Consilium*: 1. enim pro specie quadam mandati, pro hortatione & instructione: ubi juxta d. l. 50. §. 3. furem simul instruat quis & rationem v. c. in aedes penetrandi locumque ubi pecuniæ repositæ ostendat: quæ *consilii species in furtum & furti
6. actio-

actionem incidat: modò * alter consilio eo usus fuerit; cæteroquin
 cesset furti actio. *d. l. 50. §. 19.* De * qua consilii specie accipienda sit
d. l. §. 19. l. 50. §. pen. ff. d. furt. l. 53. §. ult. ff. d. V. S. & d. l. 6. ff. d. con-
dict. furtiv. 2. Consilium * aliquando in terminis simplicis mo-
 nitionis & hortationis subsistat: veluti si quis egestatem professo
 & pecuniam petenti simpliciter suadeat, ut furto sibi pecuniam
 quærat: & hic furti actione non teneatur. Quò * pertineat *d. l. 36.*
pr. ff. d. furt. & §. interdum 11. h. r.

Verùm * hanc consilii distinctionem Dd. reprobare solent:
 quia semper res ad idem tendat, ut proinde verborum lusus solùm
 videatur; ideoque si furtum secutum fuerit is, qui dedit consilium,
 actione furti teneatur; cæteroquin * si secutum non fuerit, cesset
 furti actio. Et de hoc casu Dd. *d. §. 11. & d. l. 36.* accipiunt. Boss.
in practic. crim. in tit. d. furt. n. 61. Ludovic. Carer. *in practic. crimin.*
pag. m. 160. n. 8. Farinac. *in tract. crimin. q. 168. n. 32. & seqq. & n.*
39. Harpprecht. *ad d. §. interdum 11.* Timæ. Fab. *disput. 26. ad instit.*
Imperial. th. 4.

Cæterùm * eum, cuius ope & consilio furtum perpetratum est,
 si non in ipso actu furandi interfuerit & opem tulerit, mitius pu-
 niri; statuit Wesenbecius *in w. ff. d. furt. n. 11.*

Controversia V.

Condictio furtiva adversus furis heredem in solidum datur.

Summaria.

Quando & in quantum actiones pœnales in hæredes transeant. *n. 1. & 2.*
 Actio ex delictis descendens & rei persecutionem continens, in hæredes in so-
 lidum transit. *n. 3. & 4.*
 In contractibus quoque ex dolo defuncti hæredes in solidum tenentur. *n. 5.*
 Limitatio. *n. 6. & 7.*
 Principalis controversia stabilitur. *n. 8. 9. 10. 11. 12. 13. & 14.*
 Objectio ex *l. ult. C. rer. amot. n. 15. & 16.*
 Solutio. *n. 17. 18. 19. 20. 21. & 22.*
 Objectio. *n. 23.*
 Solutio. *n. 24. 25. & 26.*

Actiones * pœnales in hæredes non transeunt: nisi quatenus
 ad eos pervenerit, vel lis cum defuncto contestata fuerit: quo
 * casu in solidum tenentur hæredes. *§. non autem 1. instit. d. perpet.*

3. & tempor. except. l. 1. pr. ff. d. privat. delict. l. 1. §. fin. ff. d. vi & vi armat. §. 2. instit. d. vi bon. rapt. l. 1. §. pen. ff. d. tut. & rat. distrab. Sicut & tum in solidum tenentur: si actio ex delicto descendens non pœnam, sed meram rei persecutionem contineat. §. his autem verbis 9. instit. d. L. Aquil. & * facit: quod leges, negantes actiones in hæredes transire, de pœnalibus loquantur. d. l. 1. & d. §. non autem
4. Didac. Covarruv. libr. 2. variar. resolut. c. 3. n. 7. Quin * pro regula traditur: in contractibus ex dolo defuncti in solidum teneri hæredes. l. ex depositi 12. l. 2. l. ex contractibus 49. ff. d. O. & A. l. hoc jure 15. §. fin. l. ad ea 57. §. in contractibus 2. ff. d. R. I. A qua * regula excipitur, nisi præter rei persecutionem pœna quoque petatur: tum enim pœnæ ratione non tenetur hæres: nisi quatenus ad eum pervenerit. Ut * in deposito, quod tumultus, incendii, ruinæ & naufragii causâ. l. 1. §. 1. ff. depositi Grivell. decis. 87. n. 20. Vid. libr. 1. tit. 26. controvers. §. p. 235.
5. CondiCTIONEM * furtivam quod attinet: eam adversus furis hæredem, non pro ea duntaxat parte quæ pervenit ad eum, sed in solidum dari; perspicuè tradidit Ulpianus J.C. in l. eâ conditione 9. ff. d. condict. furtiv. Ratio * hujus manifesta est: quod condictio furtiva rei persecutoria sit; l. si pro fure 7. §. ult. d. t. actiones verò rei persecutoria hæredem in solidum teneant. l. in honorariis 35. pr. ff. d. O. & A.
6. Quam * opinionem quoque probat: quod ex persona hæredum obligationis conditio immutari non soleat. l. 2. §. ex his igitur ff. d. V. O. l. cui fundus ff. d. condit. & demonstrat. l. Præterea §. incertam ff. d. prætor. stipulat. Atquin * conditio condictionis hæc est, ut contra furem in solidum detur. Ergo * etiam contra heredem ejus. Eandem * opinionem confirmat: quod in re furtiva fiat quidem corporum conditio, sed tamen tam diu, quam diu extiterint: iis enim pereuntibus, æstimatio succedit. l. in re furtiva 8. pr. ff. d. condict. furtiv. Ergo * ut maximè corpora ad hæredem non pervenerint; tamen æstimatio, quæ vicem eorum subit, pervenit, & sic per consequens præstabitur. l. 44. l. 38. l. III. §. 1. ff. d. R. I.
7. Haud * leviter tamen obstare videtur l. ult. C. rer. amotar. ubi traditur: rerum amotarum actionem adversus hæredes, quatenus pervenit ad eos dari; sed in l. si mulier 1. §. 5. ff. action. rer. amot. dicitur: quod rerum amotarum actio rei persecutoria sit, sicut & Condi-

condictio furtiva, & etiam hæredibus competat. Vnde * videtur dicendum: quòd, sicut rerum amotarum actio rei persecutoria sit & tamen contra hæredes, quatenus pervenit ad eos detur; sic etiam condictio furtiva.

Verùm * licet actionum harum magna sit similitudo, utraq; rei persecutoria, utraq; perpetua sit, utraq; eodẽ modo in hæredẽ dari dicatur *in l. contra 6. §. 3. & l. si mulier. 21. §. hæc actio 5. ff. rer. amot.* tamen * diversitatis ratio non deest, cur condictio furtiva in solidum; rerum amotarum verò actio quatenus pervenit tantum in hæredem detur. Etenim * illa in odium furum introducta est; §. sic itaque discretis 14. versic. planè odio furum &c. instit. d. act. hæc * verò in favorem & honorem conjugii, ne inter eos, qui quandoq; conjuges & rei Divinæ atque humanæ socii fuerunt, *l. adversus uxorem 4. C. d. crim. expilat. hered.* turpem dari furti actionem necessum esset. *l. 1. & 2. ff. d. act. rer. amot.* Proinde * absolum foret, si in rerum amotarum actione durior loco ponerentur hæredes, quàm potius fuissent, si turpis furti actio adversus conjuges locum habuisset; quod * utiq; fieret, si in solidum & ultrà quàm ad eos pervenit, tenerentur. D. Rümlin. p. 3. pandect. disput. 4. th. 3.

Obstare * etiam videtur: quòd actiones rei persecutoria ex delictis venientes, adversus hæredes quatenus pervenit solum dantur. *l. 7. §. ult. cum l. seq. ff. d. tribut. l. 4. §. ult. cum ll. seqq. 5. 6. & 7. ff. d. alienat. judic. mut. caus.* Sed * distingui debet inter actiones rei persecutorias ex delictis emanantes: nimirum inter eas, quæ instar vindicationis cujusdam, quod ex patrimonio abest nobis persequuntur; & illas quæ ipsi delicto & dolo quodammodò vindicando comparatæ sunt: hæ * quatenus pervenit; illæ * verò in solidum contra hæredes dantur. Hartmann. Pistor libr. 1. q. 27. Anton. Gomez. tom. 1. variar. resolut. c. 1. Anton. Fab. libr. 4. conject. c. 1. Donell. libr. 15. comment. jur. civil. c. 29. Wesenbec. in w. ff. d. cond. furt. Fachin. libr. 2. contr. c. 1. Bronch. cent. 2. assert. 9. D. Bachov. p. 1. disput. 22. th. ult. lit. D. Add. D. Harpprecht. ad §. ult. h. t. n. 5. & seqq. Joh. Cöpp. libr. 2. observat. 70.

Controversia VI.

Fur qui rupto laqueo de patibulo cadit an

Z z z z 2

iterum

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25 26

iterum suspendi debeat; prudens iudex ponderatis circumstantiis estimabit.

Summaria

Status controversiæ. n. 1. 2. & 3.

Furem, de patibulo qui cecidit, amplius suspendendum non esse, probatur.
n. 4. usq. ad n. 12. inclusivè.

Objectio. n. 13.

Solutio. n. 14. 15. & 16.

Limitatio. n. 17.

1. **I**nterdum * contingit, ut fur suspensus statim, antequam vi-
2. tam finiverit, rupto laqueo de patibulo cadat. Vnde * contro-
3. versum est inter Dd. an denuò suspendi debeat. Et * sanè non in-
4. fimi nominis sunt Jcc. qui statuunt: eum iterum suspendi nec pos-
5. se, nec debere. Quorum * fundamentum est 1. quòd is, qui pœ-
6. nam persolvit, pro absoluto habendus, quod etiam de pœna in-
7. choata intelligendum sit. 2. Nos adducimus * illà rationem: quòd
8. si denuò suspendi debeat fur, durior pœnà afficeretur, quàm sen-
9. tentia ei irrogavit: quia * bis suspenderetur: & * licet effectum
10. suum plenè non sortita fuerit sententia; tamen notum est mortis
11. timorem, præsertim si penè ad mortem ventum fuerit, haud pro exi-
12. gua pœna habendum esse; quin * timor mortis gravior morte ipsà
13. haberi solet. Si * igitur reus iterum suspendi deberet: penè du-
14. plici pœnà afficeretur, quod jura non admittunt. 3. Miraculosum
15. * esse videretur: si fur suspensus incolumis de patibulo caderet:
16. præsertim * si nulla culpa neque carnifici neque ipsi reo hac in re
- imputari possit. Ut * proinde existimandum sit: Deum innocen-
- tiam rei manifestasse non solum, sed eam etià inultam voluisse.
- Neque * obstat, quod vulgò objiciunt: quòd reus ita pœnam
- suam à legibus & iudice imposità non sustinuerit, quæ cum effectu
- accipienda sit: quæ ita concipi soleat, *Daß der Peinlich-Beflagte*
- mit dem Strang vom Leben zum Todt hingericht werden solle.* Ete-
- nim * respondetur: quòd hîc causa ad eū venerit casum, à quo in-
- cipere amplius non potest: & * licet sententia non plenè ad effe-
- ctū venerit; tamen penè effectū suū sortita fuit: quoniam sc. reus
- morti proximus fuit. Quoniam * igitur in culpa non est reus ne-
- que carnifex, quòd minùs mors fuerit plenè secuta; ideoq; reus salvà
- Justitià & sententià dimitti potest.

Cæterum * si culpâ vel rei, vel carnificis, vel magicis artibus de patibulo caderet reus, vel etiam aliâs insignis nequam & sic fur quasi duplex esset reus; eum nos denuò suspendi debere judicaremus. Quam opinionem defendunt Ægid. Boss. *(in practic. crim. d. execut. sentent. n. 25. Dec. in l. favorabiliores rei ff. d. R. I. Gomes. tom. 2. variar. resolut. c. 13. n. 37. Clar. §. fin. q. 98. Alciat. regul. 3. praesumpt. 44. Nevizan. in sylv. nupt. libr. 1. Tyraquell. d. pæn. caus. 64. Luc. d. Penn. in l. 1. C. d. ser. & ocul. libr. 11. Virgil. Pingitz. quest. illustr. 7. D. Bocet. d. furt. c. 3. n. 40. & seqq. Besold. in tract. d. pæn. & pæn. c. 3. n. 7. Ludovic. Gilhaus. in arb. crimin. tit. d. furt. n. 33. Johann. Cöpp. libr. 2. observat. 73.*

Controversia VII.

Fur nocturnus & diurnus quandoq; impunè occidi potest.

Summaria.

Differentia inter furem nocturnum & diurnum de Jure Divino & Canonico, n. 1. & 2.

Secundùm Solonis Leges & Leges 12. *Tabul.* sicut & apud Romanos fur nocturnus impunè occidi potuit. n. 3. & 4.

Error Cujacii, inter furem nocturnum & diurnum nullam differentiam esse putantis. n. 5. 6. & 7.

Secundùm hodierna jura differentia est inter furem nocturnum & diurnum. n. 8. & 9.

Ulpiani sententia in l. 9. ff. ad L. Cornel. d. sicar. Gaji responsum in l. 4. ff. ad L. Aquil. limitantis. n. 10. 11. & 12.

Differentia ante dicta ulteriùs stabilitur & fundatur, n. 13. usq; ad n. 31. inclus.

Sententiæ nostræ prima limitatio, n. 22.

Secunda limitatio, n. 23.

Tertia limitatio, n. 24.

Quarta limitatio, n. 25.

Furem nocturnum occidens & terminos defensionis excedens extraordinariâ pœnâ puniendus venit. n. 26.

IN * Jure Divino hac de re differentiam exhibuit nobis Deus inter furem nocturnum & diurnum. *Exod. c. 22. versic. 2.* ubi sancitum extat: ut fur per effractionem de nocte furtum committens impunè possit occidi: diurnus * verò impunè occidi non possit. Idemq; * de jure Canonico sancitum est. *c. 3. x. d. homicid.* Et * secundùm Solonis Legem impunè occidi potuisse furem nocturnum;

Zzzz 3

attesta-

4. attestatur Demosthenes *in orat. advers. Timocrat.* Sicut * & hoc apud Romanos ex Legibus 12. Tabular. receptum fuisse; attestatur Macrobi. *libr. 1. Saturnal. c. 4.* Gell. *11. noct. Attic.* Senec. *libr. 10. controuers. 6.* Ulpianus J.C. *tit. 7. d. furt.* Div. Augustin. *quest. 84. super exod.* Unde * constat errare Cujacium: qui *libr. 14. observat. 11.* inter furem nocturnum & diurnum nullam esse differentiam putat. Evidens * namq; inter utrumque est differentiae ratio, quod noctu sciri non potest: An furandi, an verò occidendi animo fur veniat; interdum * verò facilius hoc cognosci potest: nimirum quoniam videri potest, an fur cum telo ambulet, quod noctu non cognoscitur.
5. Sed * & hodie jura nostra differentiam inter nocturnum & diurnum furem faciunt. Nam * *in l. itaque 4. ff. ad L. Aquil.* ita respondit Gajus J.C. *Lex duodecim Tabularum furem noctu deprehensum occidere permittit: ut tamen id ipsum cum clamore testificetur: interdum autem deprehensum ita permittit occidere, si is se telo defendat: ut tamen aequè cum clamore testificetur.*
6. Quam * tamen Gaji sententiam generaliter de fure nocturno ita prolatam limitat Ulpianus J.C. *in l. furem 9. ff. ad L. Cornel. d. sicar.* dū ita respondit: *Furem nocturnum si quis occiderit, ita demum impune feret: si parcere ei sine periculo suo non potuit.* Quomodo * sane secundum Cujacii opinionem nulla hodie inter furem nocturnum & diurnum videretur esse differentia. Nam * nec diurnum impune interficere licet: nisi telo se defendat. *d. l. 4.*
7. Veruntamen * differentia ista in jure Divino, Canonico & Civili fundata nihilominus salva manet: non obstante Ulpiani responso *in d. l. 9.* Nam * fur nocturnus capi & si resistat nec capi se patiatur, occidi potest: quoniam scire non potest dominus, an tela vel arma secum ferat, an non: ideoque * praesumptio est in terminis istis pro domino: quod vitam suam & bona aliter quam occidendo furem salvare non potuerit. Verum * interdum aliter se res habet: ubi videre potest dominus, quomodo resistere velit fur & possit; itaq; * si arma ferat & resistat, impune occidetur; sin * verò non habeat, impune non occiditur. Et * ergo facilius excusatur is, qui furem nocturnum, quam is qui diurnum occiderit. Ille * terminos necessariae defensionis in genere si probet, satis est: si sc. cum clamore testificetur; hic * terminos istos exactius probare necesse habet:
8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21.

habet: nimirum probare tenetur, furem cum telo venisse & restituisse.

Limitatur * autem secundum Dd. sententia nostra, quod fur nocturnus impunè occidi possit 1. an defendat se fur, an se non defendat: ut si non defendat se, sed capi se patiatur; impunè occidi non possit.

12.

2. Limitatur *: si aliter apprehendi fur, capi & ad judicem duci potuit.

23.

3. Limitatur * an res fuerit magni præjudicii, quæ furto subtracta; an verò parvi præjudicii: ut hoc casu fur impunè non occidatur.

24.

4. Limitatur * in foro conscientiae: in quo pro rerum defensione hominem occidere non licet: nisi quis de vita omnino periclitetur.

25.

Cæterum * quamvis casibus hisce impunè non faciat is, qui furem occidit; tamen non ordinariâ sed extraordinariâ poenâ puniendus est. Jodoc. Damhouder. *in prax. rer. civil. c. 14. n. 14.* Ludovic. Carer. *in pract. crimin. p. m. 190. fac. 2. n. 2.* Tiber Decian. *in tract. crimin. libr. 8. c. 3. n. 32.* Prosp. Farinac. *in tract. crimin. q. 125. n. 199. & mult. seqq.* Ludovic. Gilhaus. *in arb. crimin. tit. d. homicid. n. 40. verb. defensiv.* Nicol. Everhard. Jun. *consil. 12.* Hieronym. d. Cævall. *quest. 149.* Anton. Merend. *controvers. jur. libr. 5. cap. 20.* Treutler. *p. 2. disput. 30. th. 2. lit. B. ibiq.* Bachov. & Hunn.

[26.]

Controversia VIII.

Fur ad ultimum supplicium damnatus meretrici, vel puella, cum in matrimonium petenti, dimittendus non est.

Summaria.

Diversæ Dd. hac de controversia opiniones. n. 1.

Affirmativa de consuetudine in plerisque locis obtinet. n. 2. 3. 4. & 5.

Alii hoc judicis arbitrio relinquunt. n. 6.

Autor negativam defendit. n. 7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

Obiectio. n. 14.

Solutio. n. 15. & 16.

Obiectio. n. 17. 18. & 19.

Solutio. n. 20. & 21.

Obiectio

Obiectio ex c. inter operas x. d. sponsal. n. 22.

Solutio. n. 23. & 24.

Negativa usu obtinet. n. 25.

Limitatio. n. 26. & 27.

1.

DE * hac controversia Dd. diversas tenent sententias. Quidam enim sentiunt: damnatum ad furcas concedendum esse puellae vel meretrici; idq; in honorem matrimonii. Emanuel Soarez. in thesaur. commun. opin. verb. meretricis n. 135. ubi hanc sententiam insigniter placere sibi dicit. Francisc. Viv. libr. 1. opinion. verb. tertio etiam. ubi eam communem dicit. Et * quod affirmativa controversiae hujus sententia de consuetudine in plerisq; locis observetur; testantur Dd. Et quidem de Galliae & Hispaniae consuetudine Paponius 24. d. Arrest. 10. artic. 34. De Burgundiae consuetudine Chassen. in consuet. Burgund. §. 5. tit. des justices & droict. d' icelles. De Italia testatur hoc Jacob. d. Belvis. in practic. judic. crimin. tit. d. Lenocinio versic. 26. Et * de Germaniae consuetudine Manserus in practic. tit. d. poen. §. item in aliquibus partibus. Atque * nobis notum est exemplum: ubi ex tribus latronibus tertius, qui junior erat & in latrocinium solum consenserat deque praeda participaverat, duobus correis decollatis & Rotae impositis, meretrici, eum in matrimonium petenti concessus fuit: cui * alias forsan propter juventutem & alias circumstantias Gratia à Principe facta fuisset.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

Alii * sunt qui hoc iudicis arbitrio relinquunt: inter quos est Virgil. Pingitzer. quaest. Saxonie. 8. Verum * nos Negativam controversiae hujus sententiam de jure veriorē esse judicamus. Nam * in l. Divi fratres 27. ff. d. poen. responsum est à Callistrato IC.: non solere Praesides Provinciarum ea, quae pronunciaverunt, rescindere: & sententiam suam mutare neminem posse. Et * in l. serv. §. fin. C. und. rescriptum est: iudicem nosse oportere: quod gravi infamia sit notandus, si violentiae crimen apud se probatum distulerit, seu omiserit, vel impunitate donaverit, aut meliorem, quam praestitutum, poenam protulerit. Et * interest etiam Reipublicae, ne delicta impunita maneant, l. ita vulneratus §. 1. circ. fin. ff. ad L. Aquil. nimirum ut Respublica à malis purgetur hominibus: l. congruit §. 3. ff. d. offic. Praef. & * ut poenarum exempla extent, quibus alii à simili flagitio deterreantur. l. aut facta §. 6. nonnunquam §. 10. ff. d. poen. Unde * rescriptum est ab Imperatoribus: in l. commissum 27. C. ad L. Iul. d. adulter.

adulter. adulterii pœnam matrimonii velamento non extinguere. Si
* etiam hoc concederetur hominibus facinorosis, ut à meretricib⁹
in matrimonium possent peti; tum eis ansa delinquendi facile præ-
beretur: delicti veniam uxorem ducendo sibi pollicentibus, quod
certè concedendum non erit.

Neque * obstat: quod de matrimonii honore & favore ob-
jiciunt adversarii. Etenim * major esse debet favor Reipublicæ in
delictis puniendis, quàm ejusmodi matrimoniis permittendis: quo-
niam ex delictorum impunitate majus damnum sentiret Respu-
blicam, quàm commodum ex talibus matrimoniis. Si * etiam ve-
ra conjunx non potest maritum suum, propter furtum vel aliud
crimen ad mortem damnatum, intercedendo liberare, quamvis plu-
res habeat liberos; multò minùs meretrix ejusmodi talem facino-
rosam hominem matrimonii velamento liberare & publicæ vin-
dictæ subtrahere poterit.

Neque * obstat etiam, quòd objicitur à Dissidentibus: ta-
le matrimonium pœnam esse solere facinorosis, ideoq; impunitos
eos non evadere: ut duo exempla refert Dn. Speidelius in *notabil.*
 suis verb. *Wegnadigung der Malesicanten pag. 110.* unum de Gibbosa
& alterum de Lusca. Quæ * duos ad mortem damnatos & ad locum
supplicii ductos in matrimonium petierant; qui verò matrimonia
earum avertati Carnificem instantissimè admonuerint, ut sibi la-
queum collo injiceret, unus hisce verbis: *Er soll nur geschwind zu-
knüffen/ das er den Brevel (Gibbosam putans) nicht länger sehen
dörffte.* Alter * verò dixerit: *Karl knüff zu / Sie schilt ic.* Non *
obstant inquam hæc exempla: matrimonium enim non debet esse
modus facinorosos puniendi; sed aliæ iis à legibus præstitutæ &
definitæ sunt pœnæ, quas, si convicti, meritò sustinere debent: quò
* Justitiæ satisfactio fiat.

Sed * nec obstat *c. inter opera x. d. sponsal.* ubi habetur: quòd
is, qui meretricem de Lupanari extraxerit & eā duxerit in uxorem,
actum maximæ charitatis exercuerit, & in peccatorū remissionem
sibi profit. Etenim * respondetur: licet ille forsan charitatis actum
exerceat; non tamen sequitur, eum impunitum manere & vindi-
ctæ publicæ subtrahi debere: bona * enim opera post delictum
commissum facta temporalem criminis abolitionem minime ope-
rantur.

25.

Quam opinionem nostram defendunt Jul. Clar. in §. fin. q. 98. n. 6. ubi * eam usu obtinere dicit. Schneideyvin. ad rubric. h.t. n. 2. Matth. Coler. p. 2. decis. 238. n. 3. Gomes. tom. 3. variar. resolut. c. 13. n. 37. versic. quintus casus & c. D. Bocer. d. furt. c. 3. n. 29. & seq. & d. jurisdict. c. 5. n. 72. D. Harppr. ad §. 5. h.t. n. 92. & seqq. tom. 4. Cachéran. decis. 101. Tessaur. decis. 121. Berlich. practicab. conclus. p. 5. conclus. 45. n. 33. & seqq. Novissimè Sigismund. Finckelthaus. in observat. practic. 114. n. 3. & 4. pag. 1304. & seqq. Befold. d. prem. & pœn. pag. 119. n. 7. Gilhaus. in arbor. crimin. tit. d. furt. n. 34. Hartmann. Pistor. observat. 48. Scheffer. p. 1. q. 19. Treutl. p. 2. disp. 30. th. 3. lit. G. ibique Bachov. & Hunn. Lambert. Danæ. Ethic. Christ. c. 13.

26.

Cæterùm * si aliæ quoque circumstantiæ concurrerent, quæ movere possent judicem ad pœnæ mitigationem; Pingitzeri sententiæ adstipulari non dubitaremus & reum ad mortem condemnatum puellæ in matrimonium petenti dimittendum esse diceremus.

27.

Et * quòd hæc sententia Mechliniæ aliquoties obtinuerit & practicata fuerit; testatur quoque Paulus Christinaeus in decis. Belgic. decis. 48. vol. 2.

Controversia IX.

Fur ad mortem condemnatus, vel heredes ejus, rem vel estimationem, si non extet amplius, cum interesse Domino prestare nihilominus tenentur.

Summaria.

Fundamenta opinionis nostræ. n. 1. 2. 3. & 4.

Obiectio. n. 5.

Solutio n. 6. & 7.

Obiectio. n. 8.

Solutio. n. 9. & 10.

Obiectio ex l. 4. ff. d. public. judic. n. 11.

Solutio. n. 12.

Obiectio ex l. 7. §. 1. ff. d. injur. n. 13. & 14.

Solutio. n. 15. & 16.

Opinio nostra est practica. n. 17.

Limitatio. n. 18.

Controversiæ * hujus affirmativa sententia ex eo probatur: quòd, quotiens duo separata competunt juris remedia, quæ compatiuntur se invicem nec destruunt, utroq; remedio uti quis possit. Sed * verò duo separata sunt remedia adversus furem competentia: alterum * enim vigor publicæ disciplinæ postulat; *l. locatio 9. §. quod illicitè 5. ff. d. publican. & vectigal.* alterum verò domino adversus furem vel ejus hæredes rei persequendæ causâ competit. Vnde * actio civilis actioni pœnali, vel criminali, & contrà non præjudicat: si non ad idem tendat. *l. nunquam 2. §. quæsitum est 3. ff. d. privat. delict.* ubi respondit Ulpianus IC. quòd, si conditione furtivâ actum fuerit, ex *L. Aquilia* nihilominus agi possit: actio namq; pœnalis cum rei persecutione nihil commune habeat. *l. rei communis 45. ff. pro. soc.*

Non * obstat quod vulgò dicitur: mortem omnia solvere. *Nov. 22. c. 20. pr.* Etenim * respectu pœnæ intelligendum hoc est, non respectu rei. Sic * enim sequeretur: furē & hæredes ejus debita civilia exsolvere non teneri, quod tamen falsum est.

Nec * obstat, quòd reus criminaliter punitus in totum absolvi dicatur in *L. dives 7. §. fin. in fin. ibi: fustibus caditur & ita absolvitur ff. d. jur. patronat.* Nam * & hoc respectu illius, quod in judicium deductum fuit, accipiendum est. Cùm * igitur pœna solum in judicium fuerit deducta; processus iste tertio non præjudicabit.

Neque * etiam obstat *l. interdum 4. ff. d. public. judic.* ubi traditur: interdum evenire, ut præjudicium judicio publico fiat: sicut in actione *L. Aquiliæ & furti &c.* Ita * enim præjudicium judicio publico fieri potest: nimirū si succumbat actor, non si vincat. *Vid. Bachov. p. 1. disput. 18. th. 10. lit. H. p. m. 725.*

Sed * nec obstat *l. Prator edixit 7. §. 1. ff. d. injur.* ubi dicitur: quòd civilis actio intentata criminalem actionem consummat. Unde * colligitur & econtrà ita esse, ut criminalis actio intentata civilem consummat. Etenim * respondemus: quòd dum demum civilis actio consummat criminalem, etsi vicerit actor, si illud principaliter est in civili actione, quod etiam venit in criminali: veluti in injuriarum actione civili & criminali: ubi utraq; ad vindictam tendit. Ergò una per alteram consummitur. Quod * non est in nostro casu, in quo ad pœnam agitur, & deinde ad illud quod abest domino. *Boll. in pract. crimin. tit. d. furt. n. 46. Clar. in §. fin. q. 2. n. 2. libr. 5.*

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17. Petr. Heig. *part. 2. q. 23. n. 17.* Andr. Rauchbar. *p. 2. q. 10. n. 17.* Anton. Peguera *decis. 27. in addit. Farinac. in tract. crimin. libr. 1. tit. 1. q. 1. n. 64.* Petr. Aloyf. Ricc. *in collect. decis. p. 2. decis. 241.* Sigismund. Finckelthaus. *observat. pract. 54. ubi * testatur: secundum hanc opinionem Ampliss. Facultatem Juridicam Liplensem & Wittebergensem pronunciâsse.* Harpprecht. *ad §. fin. h. t. n. 15. & seqq.* Francisc. Viv. *decis. Neapolit. 146.* Hermann. Goëhausen. *in process. jurid. contr. sag. tit. 15. pag. 438. & seq.* Berlich. *practicabil. conc. p. 5. conclus. 44. n. 1. & seqq.*

18. Sed * tamen limitatur opinio nostra, ut iudex tum criminaliter & civiliter condemnare possit reum, si hoc à parte petatum fuerit & iudicis officium imploratum, aliâs secus est: veluti hoc ita limitat post Bartol. Clar. & alios Farinac. *d. q. 1. n. 67.*

Controversia X.

Famis necessitas à furti pœna excusat.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. *n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.*

Egenus quando, ad pinguorem fortunam venerit, ablatum restituere teneatur. *n. 7.*

Non jure actionis, sed officio iudicis. *n. 7. & 8.*

1. **F**Amis * necessitatē à furti pœna excusari; probat *c. 3. x. d. furt. ubi* dicit Pontifex: quod, si quis propter necessitatem famis, aut nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem, vel pecus, hebdomatastres debeat jejunare, & si reddiderit, jejunare non cogatur. Et * idem probat *c. 26. distinct. 5. d. consecrat.* ubi discipulos, cum per segetes transeundo spicas vellerent & ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat: quia fame coacti hoc fecerunt. Atque * Divus Ambrosius in *c. sicut hi 47. distinct.* nudorum indumentum esse dicit, quod tu recludis, & miserorum redemptionem & absolutionem esse pecuniam. Ex * quo colligi possit: tempore necessitatis res communes videri: nimirum * ubi alii in superfluo habent, de quo aliis paupertate & fame pressis subvenire possunt. Sed * ô Christiana Charitas, quò te Bellona fugavit!

7. Verum * si ad pinguorem fortunam venerit egenus, An
8. ablatum necessitatis tempore restituere teneatur? Quod * Dd. communiter volunt: quibus & nos calculum nostrum adjicimus:

ita *

ita* tamen, ut de æquitate solùm & officio Judicis ad hoc adigi possit: ejus* enim nomine, quod antè ex misericordia condonasse quis censetur, actionem habere non videtur. Jul. Clar. in §. furtum n. 24. incipit. quandoq; Boss. in tit. d. furt. n. 52. Hieronym. Schurff. cent. 3. consil. 55. n. 3. Cævall. in commun. contra commun. q. 729. D. Bocer. d. furt. c. 2. n. 171. & seqq. ubi hoc ad edulia restringit. Treutl. p. 2. disput. 30. th. 3. lit. H. ibiq; Bachov. & Hunn.

De
VI BONORUM
raptorum.

TITULUS II.

Controversia I.

*Adversus raptorem actio furti manifesti
datur.*

Summaria.

Fundamenta huius sententiæ: n. 1. 2. & 3.

Objectio ex l. 1. ff. vi bon. rapt. n. 4.

Solutio. n. 5.

Objectio. n. 6.

Solutio. n. 7. 8. & 9.

Pœna raptoris hodie capitalis est. n. 10.

QUOD * adversus raptorem non solùm actio vi bonorum raptorum in triplum, sed etiam furti tam manifesti, quam nec manifesti detur actio; nobis omninò persuasum est. Nam * furti manifesti actionem locum hîc habere, probat: quoniam raptor fur manifestus in l. si vendidero 80. §. cum raptor ff. d. furt. & in pr. h. r. improbus indigitatur. Ergo * furti manifesti tenetur.

Neque * obstat l. 1. ff. vi bon. rapt. ubi raptor furti nec manifesti teneri dicitur. Ergo furti manifesti non tenetur. Etenim * respondetur: non negari in d. l. 1. raptorem furti manifesti teneri; sed hoc dicitur: quod nec manifesti teneatur. Argumentum * à contra-

Aaaaa ;

rio

8.

9.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7. rio sensu hîc non procedit: cùm * textum manifestum habeamus;
 8. in quo raptor fur manifestus dicitur. Ergò * etiam furti manifesti
 9. tenetur. Proinde * hoc advertendum erit in d. l. i. non quæstionem
 esse an furti manifesti, vel nec manifesti teneatur raptor; sed de
 concursu actionis furti & vi bonorum raptorum principaliter quæ-
 ritur: ut si prius vi bonorum raptorum actum fuerit, actio furti
 nec manifesti locum amplius non habeat; sin verò prius nec mani-
 festi actione, vi bonorum raptorum quoque agi possit: nimirum ad
 consequendum illud amplius, quod est in vi bonorum actione.
 Accurs. Battol. & Dd. in d. l. si vendidero 80. Cujac. lin. w. C. b. r. Heig.
 Vult. Matth. ad h. t. Arum. exercit. 17. th. 10. Harpprecht. ad pr.
 h. t. n. 9. & seqq. Treutler. p. 2. disput. 30. th. 4. lit. C. ibiq. Bachov.
 & Hunn. q. 33. pag. 436. & seq.

10. Cæterum * hodie ex Constitutione Caroli v. Imperatoris ra-
 pinæ pœna Capitalis facta est: veluti hoc ex dict. constit. artic. 126.
 constat: quæ tamen Constitutio non de quibusvis raptoribus, sed
 de illis in primis intelligenda, qui in vita publica tanquam Latro-
 nes rapiunt.

Controversia II.

*Quòd rapina mitior sit pœna, quàm furti
 manifesti, ejus ratio dari potest.*

Summaria.

- Pœna furti manifesti & nec manifesti de jure Civili. n. 1.
 Pœna rapinæ. n. 2.
 Ratio diversitatis pœnæ in furto manifesto & nec manifesto remississè. n. 3.
 Diversa pœna furti manifesti & rapinæ. n. 4. 5. & 6.
 Iacobi Cujacii sententia in danda ratione diversitatis pœnæ in utroq. n. 7.
 Cujus opinio non admittitur. n. 8. & 9.
 Bachovii duplex diversitatis ratio. n. 10.
 Nec hæc acceptatur. n. 11. 12. 13. 14. & 15.
 Hunnius nullam invenire potest. n. 16.
 Cui respondetur. n. 17.
 Ratio vera ab Autore traditur. n. 18. 19. & 20.
 Objectio. n. 21.
 Solutio. n. 22.

1. Pœna * furti manifesti de jure civili est quadruplum, nec mani-
 2. festi duplum. §. pœna 5. instit. d. fur. Rapinæ * verò intra an-
 num est quadruplū, cui inest simplum; pr. b. r. post annum simplum,
 nimirum

nimirum ipsa res rapta. §. 1. *ead. tit.* Rationem, * quare in furto manifesto & nec manifesto diversa pœna sit constituta; investigat Bachov. p. 2. *disput.* 30. *th.* 3. *lit.* B. & C. pag. 1077.

Quæ * autem sit ratio inter furtum manifestum & rapinam, quod huic de jure mitior constituta sit pœna, quàm illi; curiosè inquirent Jec. nostri. Nam * non solùm, ut dictum, pœna utriusq; delicti ratione quantitatis differt, sed etiam ratione temporis: siquidem * actio furti manifesti est perpetua; *in fin. pr. instit. d. perpet. & temporal. act. §. ult. instit. d. furt. §. ex maleficiis* 8. *instit. d. act. rapinæ* verò annalis. *d. pr. h. r.*

Jacobus * Cujacius in *æ. C. h. r.* statuit: Edictum Prætoris in raptorem non manifestum fuisse conceptum, qui mitiùs puniri debeat, quàm fur manifestus: sicut furtum nec manifestum furto manifesto mitiùs punitur. Quæ * sententia ideò admitti non potest; quòd leges de iis soleant concipi, quæ *ἐκ τῶ ἀλλεῖστον* non quæ uno vel altero casu contingunt. *l. 3. & seqq. ff. d. legib.* At * verò rapina plerunq; manifestè, rarè nec manifestè committitur.

Reinhardus * Bachovius duplicem adfert rationem: 1. quòd regulariter actiones pœnales sint mixtæ: 2. quòd probabile sit à Præ-tore primò & priùs actionem in raptores pœnalem constitutam fuisse, eamq; ad instar aliarum actionum pœnaliùm Prætoriarum, annalem & mixtam; postea autem actionem furti manifesti pœnalem introductam à Præ-tore fuisse, eamq; merè pœnalem & perpetuam: non ullâ comparatione vel respectu ad pœnam raptoris, sed ad pœnam gravissimam corporalem, quæ ex L. 12. Tabular. fures manifestos manebat: & existimâsse Præ-torem, satis clementer se agere cum furibus manifestis, si pœnam illam corporalem in pecuniariam licet gravissimam commutaret.

Verùm * ad primam Bachovii rationem quod attinet, ista generalis ideòq; per se sola rei nō satisfacit: nec altera quæ specialis vera ratio videtur: tum * quod adhuc dubium sit, an ex L. 12. Tabular. furti manifesti pœna in liberæ conditionis hominibus corporalis fuerit: siquidem Anton. Contius 1. *subsecut. lect.* 2. & Wesenbec in *æ. ff. d. furt. n.* 14. pœnam furti manifesti & nec manifesti ex L. 12. Tabular. pro manâsse asserunt. Tum * posito pœnâ illam corporalem fuisse, quòd secundum *d. l. 12. Tabular.* etiam rapinæ pœnâ sine ullo dubio vel gravio-rem, vel ad minimum parem fuisse, omninò

14. **n**inò præsumendum sit. Si * igitur Prætor respectum ad pœnam L. 12. Tabularum in furto manifesto habuit; etiam eum in rapina sine dubio habuit: præsertim verò quia duo hæc crimina affinitatem inter se habent.
15. **U**t * maximè etiam dicamus cum Bachovio: actionem vi bonorum raptorum priùs introductam fuisse à Prætorè: nam res ad idem redit; si * enim priùs mitior pœna præstituta, durior potuit constitui: sin verò priùs gravior pœna præfinita, & mitior constitui potuit.
16. **H**efricus * Ulricus Hunn. *d. disput. 30. th. 3. lit. C. q. 34. pag. 338. versic. at. si ratio &c.* dicit: nullà hujus rei dari posse rationem: quòd non omnium, quæ à majoribus nostris constituta, ratio reddi possit. Quod * quidem verum est; sed tamen si fieri potest, ratio legis omninò indaganda est & investiganda: nam ratio est anima legis, quam si probè cognitam habuerimus; decisio legis eò melius & tutius facto applicari poterit.
17. **N**os * illam esse rationem diversitatis hujus pœnarum, conijcimus: quòd raptor præter rapinæ actionem adhuc aliis actionib⁹ teneatur: nimirum publico judicio de vi & furti manifesti actione: atque * novâ Impp. constitutione amissione rei suæ puniatur. De quibus locis suis acturi sumus.
18. **N**eque * obest, quod objiciunt hîc adversarii: actionem vi bonorum raptorum peculiarem & specialem actionem esse; itaq^{ue} per se considerari eam debere. Etenim * cùm circumstantiæ movere soleant Legislatore ad hanc vel illam legem ferendam; ideoq^{ue} Prætorè absq^{ue} ullo dubio urgentem hanc circumstantiam in concipiendo Edicto suo considerasse, verisimile atque adeò probabile est. Quam rationem comprobat Dn. Harpprecht. *ad pr. h. t. n. 21. & seqq.* Valentinus Arithmæus *disp. 2. colleg. crim. sub assert. 6. post. med. Flach. disput. 1. colleg. crimin. th. 79. & seqq.*
19. **N**eque * obest, quod objiciunt hîc adversarii: actionem vi bonorum raptorum peculiarem & specialem actionem esse; itaq^{ue} per se considerari eam debere. Etenim * cùm circumstantiæ movere soleant Legislatore ad hanc vel illam legem ferendam; ideoq^{ue} Prætorè absq^{ue} ullo dubio urgentem hanc circumstantiam in concipiendo Edicto suo considerasse, verisimile atque adeò probabile est. Quam rationem comprobat Dn. Harpprecht. *ad pr. h. t. n. 21. & seqq.* Valentinus Arithmæus *disp. 2. colleg. crim. sub assert. 6. post. med. Flach. disput. 1. colleg. crimin. th. 79. & seqq.*
20. **N**eque * obest, quod objiciunt hîc adversarii: actionem vi bonorum raptorum peculiarem & specialem actionem esse; itaq^{ue} per se considerari eam debere. Etenim * cùm circumstantiæ movere soleant Legislatore ad hanc vel illam legem ferendam; ideoq^{ue} Prætorè absq^{ue} ullo dubio urgentem hanc circumstantiam in concipiendo Edicto suo considerasse, verisimile atque adeò probabile est. Quam rationem comprobat Dn. Harpprecht. *ad pr. h. t. n. 21. & seqq.* Valentinus Arithmæus *disp. 2. colleg. crim. sub assert. 6. post. med. Flach. disput. 1. colleg. crimin. th. 79. & seqq.*
21. **N**eque * obest, quod objiciunt hîc adversarii: actionem vi bonorum raptorum peculiarem & specialem actionem esse; itaq^{ue} per se considerari eam debere. Etenim * cùm circumstantiæ movere soleant Legislatore ad hanc vel illam legem ferendam; ideoq^{ue} Prætorè absq^{ue} ullo dubio urgentem hanc circumstantiam in concipiendo Edicto suo considerasse, verisimile atque adeò probabile est. Quam rationem comprobat Dn. Harpprecht. *ad pr. h. t. n. 21. & seqq.* Valentinus Arithmæus *disp. 2. colleg. crim. sub assert. 6. post. med. Flach. disput. 1. colleg. crimin. th. 79. & seqq.*
22. **N**eque * obest, quod objiciunt hîc adversarii: actionem vi bonorum raptorum peculiarem & specialem actionem esse; itaq^{ue} per se considerari eam debere. Etenim * cùm circumstantiæ movere soleant Legislatore ad hanc vel illam legem ferendam; ideoq^{ue} Prætorè absq^{ue} ullo dubio urgentem hanc circumstantiam in concipiendo Edicto suo considerasse, verisimile atque adeò probabile est. Quam rationem comprobat Dn. Harpprecht. *ad pr. h. t. n. 21. & seqq.* Valentinus Arithmæus *disp. 2. colleg. crim. sub assert. 6. post. med. Flach. disput. 1. colleg. crimin. th. 79. & seqq.*

Controversia III.

*Mulier, rusticus, miles similesq^{ue} persona,
quibus jus ignorare permissum est, pœna
Constitutionis in l. si quis in tantam 7. C.*

Vnde

Vnde vi *hanc* subjacent.

Summaria.

- Remedia possessione dejectis competentia. n. 1. & 2.
 Remedium l. si quis in tantam 7. C. Vnde vi n. 3. 4. & 5.
 Constitutio d. l. 7. tam in rebus mobilibus, quam immobilibus obtinet. n. 6.
 Quæ Constitutio in usu & praxi hodie adhuc obtinet. n. 7. & 8.
 De jure Saxonico eam non obtinere, Berlichii & Finckelthaus. sententia. n. 9.
 Quibus alii contradicunt. n. 10.
 Principalis controversia nostra. n. 11.
 Affirmativa ejus sententia ab Antonio Fabro & aliis defensa. n. 12.
 Bartoli distinguuntis sententia. n. 13.
 Quam Autor sequitur & probat. n. 14. & 15.
 Distinctionis ratio. n. 16. 17. & 18.
 Bachovii argumentatio. n. 19.
 Responsio. n. 20. 21. 22. 23. 24. & 25.
 Objectio ex l. ult. C. d. jur. & fact. ignorant. n. 26.
 Solutio. n. 27. & 28.
 Opinio nostra à Dd. communibus votis approbata est. n. 29.

QUando* quis possessione legitimâ dejectus est, diversa ei in jure nostro remedia sunt constituta: quibus adversus spoliatorem uti potest. Veluti* interdictum Vnde vi 2. remedium l. cum à te ff. d. vi & vi armat. 3. remedium l. ult. C. d. adquir. possess. 4. remedium c. sæpè 18. x. d. restit. spoliat. 5. remedium c. redintegranda 3. c. 3. q. 1. 6. remedium l. meminert ult. C. Vnde vi 7. remedium l. si quis in tantam 7. C. d. t. Vid. Andr. Geil. 2. observat. 75. n. 9. & seqq. Matth. Berlich. præct. conclus. p. 1. conclus. 21. n. 4.

Quod* ad ultimum remedium attinet; rescribitur ab Imperatoribus in d. l. 7. & in §. 1. h. t. à Justiniano repetitur: quòd, si quis judicis neglecto auxilio rerum possessionem violenter invaserit, dominus rei suæ dominium amittat & possessionem possessori restituat; sin verò dominus non sit, præter rei restitutionem, æstimationem quoque ejus restituere compellatur. Et* in l. sed & partus 12. §. Iulianus 2. ff. quod met. caus. respondit Ulpianus JC. Eum, qui vim adhibuit debitori suo, ut ei solveret, Edicto quod metûs causâ non teneri, propter naturam metûs causâ actionis, quæ damnum exigit: quamvis negari non possit, in Juliam eum de vi incidisse, & jus crediti amisisse. Atque* in l. seq. extat. decretum 13. respondit Callistratus JC. quòd Decretum Divi Marci extet: optimum esse, ut, si quas putas te habere petitiones, actionib⁹ experiaris. Quisquis

- igitur probatus fuerit, rem ullam debitoris, vel pecuniam debitam non ab ipso sibi sponte datam, sine ullo iudice tenere, possidere vel accepisse, isque sibi jus in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.
6. Ex * quibus textibus constat: Constitutionem istam tam in rebus
 7. mobilibus & se moventibus, quàm immobilibus obtinere. Et *
 8. quamvis nonnulli sint ex Dd. qui eam tanquam rigidam nimis totius Christiani Orbis usu & praxi antiquatam esse dicant; tamen *
 9. eâ jure Canonico, consuetudine & præjudiciis Cameræ Imperialis confirmatam esse, post Ioann. Gutierrez. *libr. 1. practic. quest. 77. Menoch. remed. 9. recuper. possess. n. 8.* & alios à se citatos testatur Dn. Harpprechtus *ad §. 1. h. t. n. 4.* Quamvis * de jure Saxonico eam non obtinere, in cuius locum successisse die Wette vünd Büsse; tradat Berlich. *d. conclus. 21. n. 6.* & Finckelthaus. *observat. practic. 24.*
 10. Quibus * tamen contradicunt Modestin. *Pistor. consil. 27. n. 76. & seqq. vol. 1.* Hening. *Gæd. consil. 78. n. 10. & seqq.* Hartmann. *Pistor. part. 1. q. 16. n. 12. & seqq.* & Zobell. in gloss. nov. *Sandrecht. libr. 3. artic. 47. lit. A.*
 11. Sanè * controversum hîcest: An miles, mulier, rusticus aliæque personæ privilegiatæ huic Constitutioni subiacere debeant?
 12. Affirmativam * sententiam tuetur Antonius Faber *in Cod. suo libr. 8. tit. 3. definit. 28.* & Bachov. *p. 2. disput. 25. th. 6. lit. C. pag. m. 712. ibiq.* Hunn. *q. 46.* Verùm * Bartolus *in d. l. 7. q. 3.* distinguit.
 13. An hæ personæ rei propriæ invaserint possessionem, an verò rei alienæ, ut hoc quidem casu personæ istæ privilegiatæ & rem & æstimationem ejus præstare & restituere teneantur domino, illo verò casu dominium rei suæ non amittant. Quam * Bartoli distinctionem nos acceptamus & sequimur. Est namqua immota juris regula: quòd miles, mulier, rusticus & similes personæ juris ignorantia excusentur, adeoque ob ignorantiam juris damnum non incurrant. *l. 1. §. ult. ff. d. edend. l. si quis in gravi 3. §. si quis ignoans ff. ad Sct. Silan. l. 2. §. fin. ff. d. jur. Fisc. l. regula 9. pr. ff. d. jur. & fact. ignorant. l. 2. §. 1. ibi: rusticitati enim parcendum erit. ff. si quis in jus vocat. non ierit, &c.* Atquin * qui regulam pro se habet, is in casibus non definitis fundatam habere intentionem dicitur. Dec. *in l. 1. ff. d. R. l. n. 6.* Distinctionis * ratio est: quòd, si rem propriam invaserint personæ hæ privilegiatæ, non contrà jus Naturale, sed Civile solum peccare videantur; sin verò rem alienam, contrà ipsum jus
 - 14.
 - 15.
 - 16.
- Natu-

Naturale & Gentium peccent. Nam * juris civilis ignorantia milites, mulieres & rusticos excusat; *allegat. ll.* non * autem juris Naturalis ignorantia: quod omnes nōrunt & nōsse debent.

Non * facit pro dissentientibus illa à Bachovio *d. l.* adducta ratio: quòd, licet hæc pœna sit juris civilis; tamen hoc factum & delictum, ut quis sibi ipsi perviolentiam jus dicat, illicitum sit ex jure Gentium. Etenim * respondemus 1. quòd, licet de jure Gentium quoque sibi ipsi jus dicere prohibitum sit; tamen ignorantia ejus hac in parte excuset personas istas privilegiatas: quoniam * non ita crassa est, sicut est illa, quā rei alienæ possessionem propriā auctoritate invaserint. 2. Respondemus *: quamvis nec hac in parte secundum jus Gentium excusatae sint personæ istæ; non tamen sequitur, personas illas Constitutioni *d. l. 7.* subjacere debere: quoniam * sc. aliā ratione à Magistratu coërceri possunt: dura namque est constitutio ista; ideoq; ubi fieri potest, limitanda ea est & restringenda. Cum * igitur dicta constitutio sit juris civilis; sæpè dictæ personæ, non obstante eo quod in hoc aliquo modo jus Gentium lædere videantur, ab ea immunes esse debent.

Nec * quoque pugnat pro contraria sententia *l. ult. C. d. jur. & fact. ignorant.* ubi rescribunt Imperatores: non licere mulieribus omnes suos contractus retractare in his, quæ prætermiserint, vel ignoraverint; nec ex juris ignorantia, si damnum passæ fuerint, eis subveniri; nisi certis casibus in jure expressis. Respondetur * enim quòd *d. l. ult.* de contractibus loquatur, ubi illi rescindendi veniunt; noster verò casus est de pœna, à jure civili introducta & constituta: proinde * cū hīc in odiosis versemur *d. l. ult.* constitutio ad nostrum casum extendenda & producenda non est: secundum *c. odia d. R. l. in 6.* Quam * Bartoli opinionem sequuntur Dd. communiter. Salycet. *in d. l. 7. ibidemq;* Jason & Dec. pluresq; alii ab Anton. Gabriel. *commun. conclus. libr. 5. tit. 1. d. adquir. & omittend. possess. n. 9.* allegati. Schneidevvin. *ad §. 1. h. t. Harpprecht. ad d. §. 1. h. t. n. 5. & seqq.* Besold. *in delibat. p. 2. ex libr. 48. pandect. tit. 7. q. 22.* Arithmæ. *disput. crimin. 2 sub assert. 2. circ. fin.* Flach. *in colleg. disput. 1. th. 75.* Treutl. *d. th. 6. lit. C.*

Controversia IV.

Dicta Constitutio, vel Divi Marci Decretum

in l. extat 13. ff. quod met. caus. in creditore pignus ex conventionione occupante, debitore etiam reluctante non obtinent.

Summaria.

Divi Marci Decretum locum non habet, quando creditor ex conventionis lege possessionem apprehendit. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Idem statuendum est in casu debitoris reluctantis. n. 7. 8. 9. 10. & 11.

Quæ opinio in primis procedit, ubi in bonis debitoris possessorium constitutum est creditori. n. 12. 13. & 14.

Ampliatio sententiæ nostræ, in casu ubi debitor de fuga suspectus est. n. 15. 16. & 17.

Ampliationis limitatio. n. 18.

Ampliatio practicitur. n. 19. & 20.

Limitatio opinionis nostræ, quando res debitoris hypothecata ad tertium pervenerit. n. 21.

Ampliatio limitationis hujus, in casu possessorii constituti. n. 22. 23. & 24.

Remedium avocatorium ex l. ult. C. d. adquir. poss. creditori adversus tertium competens. n. 25. & 26.

Obiectio ex l. creditores 3. C. d. pignor. n. 27. 28. & 29.

Opinio nostra est practica. n. 30.

Quid de statuto Wirtembergico obtineat. n. 31. 32. & 33.

Validum est pactum, ut creditor non solum propriâ autoritate apprehendat possessionem; sed etiam ut retineat soluto pretio in solum. n. 34. & 35.

Limitatio hujus. n. 36.

Sublimitatio. n. 37.

1.

Constitutionem * in d. l. si quis in tantam 7. C. Vnde vi & Divi Marci Decretum in d. l. extat. 13. ff. quod met. caus. locum non habere, quando creditor ex conventionis lege pignoris possessionem propriâ autoritate ingressus est; evincitur ex l. pignoris causa 11. C. d. pignorat. act. ubi rescribunt Diocletianus & Maximianus Imperatores: quod creditor citrà conventionem, vel Præsidalem iussione, debiti causâ res debitoris arbitrio suo auferre non possit. Ergo * quando adest conventio, creditor res debitoris arbitrio suo auferre potest. Nâ * in d. l. 11. æquiparantur hæc invicem, ex Præsidis iussione res debitoris occupare, & ex conventionione propriâ autoritate eas occupare. Sicut * igitur creditor ex iussione Præsidis res debitoris impunè potest occupare; ita etiam eas ex conventionione citrà pœnam occupare potest. Et * facit l. si quis 56. ff. d. contrah. empt. vendit. ubi ei, qui sub hoc pacto vendidit ancillam, ne prostituatur, & si

2.

3.

4.

5.

& si contrà factum esset, liceret abduci; abducendi potestas facta esse dicitur. Ratio * est: quòd pactum sive conventio cessare faciat vim, quæ volenti non infertur. *l. creditores 3. C. d. pignor. ibi: vim quidem facere non videntur.*

Verùm * quid statuendum erit de casu debitoris reluctantis, An dictæ Constitutiones locum habeant? Nec ad hunc casum pertinere eas verius nobis videtur. Nam * in *d. l. 11.* potestas datur creditori, si adsit conventio: ut res debitoris arbitrio suo auferre possit. Ergò * arbitrium hoc in tali casu restringi non potest, nec etiam resistantia debitoris efficere valet, ut creditor in pœnam dictarum Constitutionum incidat. Et * quod semel placuit displicere amplius non potest; sicut * enim conventiones ab initio sunt voluntatis, ita postea fiunt necessitatis. *l. sicut 5. C. d. O. & A.*

Quæ * opinio tum maximè procedit: ubi creditori in bonis debitoris possessorium constitutum est: nam * is, cui possessorium constitutum, naturalem, realem & veram possessionem habere dicitur. *l. quod meo nomine 18. ff. d. acquir. vel amitt. possess.* Anton. Fab. in *Codic. libr. 7. tit. 7. d. acquir. vel. amitt. possess. definit. 15. n. 5. pag. 795.* ubi de hoc neminem ambigere dicit. & *d. t. definit. 1. pag. 790.* Nam * is possidet, cujus nomine possidetur: *d. l. 18.* ut proinde debitor non possideat amplius nomine suo, sed solum detineat & retineat creditoris possessionem.

Quæ * sententia nostra ampliatur: ut, quamvis nulla adsit conventio, tamen debitor suspectus de fuga, si copia judicis haberi non possit, à creditore propriâ autoritate apprehendi queat. *l. ait Prætor 10. §. si debitorem 16. ff. quæ in fraud. credit.* ubi Gloss. & Dd. & in *l. 1. C. quand. lic. unic. sin. judic. se vendic. &c.* Quod * aded verum esse dicunt Dd. ut etiam procuratori creditoris liceat hoc facere. Gloss. Singul. junct. textu in *l. 1. C. ubi quis de Decur. coer. cor.* & in *l. refectionis gratiæ ff. commun. prædior. ubi Castrenf.* Et * non solum locum habet in illo, qui est in actu fugæ, sed etiam in illo; qui se præparat ad fugam. Hyppolit. d. Marfil. singul. 293. Arnold. Reyg. in thesaur. jur. verbi creditor. n. 101. & seqq. Modò * tria hæc concurrant: 1. ut debitor contractûs tempore pro idoneo habitus fuerit: 2. ut debitum certum sit & liquidum: & 3. ut fugæ suspicio juramento probetur Judici. D. Marta in Digest. noviss. verb. creditor c. 5. tom. 1. pag. m. 139.

Quæ * tria tamen requisita, præfertim

- sertim in Germania in forensibus, extraneis & advenis non observari; tradit idem Marta *d.l.* ubi addit: cum civibus aliam esse rationem: nisi de fuga sint suspecti & nulla bona immobilia possideant. *Vid. & Geil. 2. observat. 44.* ubi tradit: solere * etiam à Cæsarea Majestate ad preces creditorum Diplomata contra vagabundos, fraudulentos & latitantes debitores decerni, ut ubicunq; in Imperio prehantur & juri sistantur. *Add. Mart. d.l. c. 6. 7. 8. & 9.*
20. Limitatur * opinio nostra: ut non procedat, quando res hypothecata ad tertium pervenerit: ubi non obstante conventioni istâ de occupanda re debitoris, creditor rem propriâ autoritate occupare non posset. Bartol. *in l. is cui §. qui in possessionem §. ff. ut in possess. legat. &c.*
21. Quæ * limitatio ampliatur, ut vera sit; licet creditor ex constituto possessorio conventionis legem adversus tertium exercere velit. Quia *, ubi ad tertium pervenerit hypotheca, possessio interversa esset & sic amissa; ita ut, licet per veram traditionem quæ sita fuisset, tamen amitteretur: *l. si de eo 40. §. si forte ff. d. adq. possess.* præsertim * cum possessio ex constituto acquisita facti magis, quàm juris esse censeatur. *l. denique 19. ff. ex quib. caus. major. l. 1. §. si vis & præcedens §. ff. d. adquir. possess.* Proinde * creditori aliud superesse non potest remedium: nisi ut revocatoriâ agat Justiniani beneficio implorato: *in l. ult. C. d. adquir. possess.* cum * nec, si judicatum pro se haberet creditor, possessionem propriâ autoritate impunè occupare posset. *l. miles 6. §. pen. ff. d. re judicat. Anton. Fab. in Codic. libr. 8. tit. 3. definit. 34. per tot.*
22. Non * obstat opinioni nostræ *d.l. creditores 3. C. d. pignor.* ubi traditur: Eos, qui pecuniâ non redditâ ex conventionis lege ingressi possessionem exerceant, vim quidem facere non videri; attamen Præsidis autoritate possessionem adipisci debere. Etenim * melius quidem faciunt illi & urbanius, qui judicis autoritate pignoris possessionem apprehendunt; non tamen illi, qui propriâ autoritate ex conventionis lege occupant eam, in pœnam Divi Marci Decreti statim incident: hi enim ut dicitur *in d.l. 3.* vim facere non videntur. Ergo * nec Divi Marci Decreto subjacebunt: quod vim punit & coërcet. Salycet. *ad d.l. 3. fac. 2. col. 1. pr.* Anton. Gabr. *commun. cont. libr. 5. tit. 1. n. 91.* Farinac. *tit. d. furt. q. 175. n. 119. p. 1. & q. 175. n. 174. & seqq. p. 3.* Menoch. *remed. recuper. 5. n. 28.* Welsenbec. *consil. 264.*
23. 24. 25. 26. 27. 28. 29.

n. 24. p. 6. ubi * hanc communem Practicam esse dicit. Finckelthaus. *observat. practic.* 24. n. 15. p. 262. D. Rümlin. p. 1. *pandect. disputat.* 10. th. 21. & seq.

Planè * de jure nostro Wirtembergico Magistratûs auxilium est implorandum; licet de apprehendendo possessione conventio intervenerit. *Sürstl. Wirtemb. Landrecht.* p. 2. tit. 7. §. gleicherweise pag. 259. *ibiq.* Plebstius th. 89. Notat * tamen *Besold* *ibidem disput.* 2. th. 28. quòd instrumenta hujusmodi, in quibus pignoris possessionem propriâ autoritate occupandi potestas datur, Guarentigiæ vigorem paratamq; executionem habeant, nec ordinariam executionem sive subhastationis processum desiderent. Quod * volunt. d. §. Gleicher weisse illa verba: Auff den Fall aber Er sich widersetzte / alsdann sollen unsere Amptleute vnnnd Gericht auff des Gläubigers Ansuchen / ihme nach anleitung seiner Verschreibung gleich zur Execution verholffen sein.

Cæterum * valet quoque pactum: ut creditor sibi rem hypothecatam non solum propriâ autoritate capere, sed etiam in solutum retinere justo pretio possit: quia * datio in solutum dicitur emptio. Quod * verum est, si secutum fuerit appretium: nam eo casu dominium transfertur; aliâs verò creditor jure creditoris possideret & fructus in sortem computarentur. Ex * cursu tamen centum annorum præsumi appretium; tradunt Matth. d. Afflict. decis. 368. Guid. Pap. q. 6. Reyg. d. l. n. 25.

Controversia V.

Nec Divi Marci constitutio ad eum pertinet, qui rem sibi debitam Judicis incompetentis autoritate reposcit.

Summaria.

Controversia hæc distinctione expeditur. n. 1. 2. & 3.

SI * Judex non notoriè incompetens fuerit; creditor verò eum incompetentem esse putaverit, creditorem à pœna Divi Marci Constitutionis excusari, æquissimum est. Sin * verò notoriè & manifestè incompetens fuerit Judex, eumque incompetentem esse sciverit creditor; Divi Marci Constitutio eum utiq; tenebit. Paria * enim

3.

* enim videntur: propriâ autoritate aliquid occupare & per judicem ejusmodi incompetentem, cujus nulla jurisdicção aliquid re-
poscere. Menoch. remed. 5. recuper. possess. n. 8. Dn. Rümlin.
part. 1. pandect. disput. 10. th. 20. Treutler. p. 1. disput. 11. th. 5. lit. E.
ibiq₃ Bachov. & Hunn. quest. 41.

De LEGE AQUILIA.

TITULUS III.

Controversia I.

Legis Aquilia actio in heredem non datur.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Objeção. n. 6.

Solutio. n. 7. & 8.

Limitatio. n. 9.

Sublimitatio. n. 10. & 11.

1. **Q**UOD * Legis Aquiliae actio in heredem non transeat; respon-
dit Neratius J.C. in l. inde Neratius 23. §. hanc. actionem 8. ff. b. r.
& tradit Justinianus Imperator in §. his autem 9. h. r. Ratio * est
2. quodd, licet pœnales actiones hæredi; tamen in heredem non den-
tur: nisi ex delicto vel damno locupletior factus sit hæres. d. l. inde
Neratius 23. vel lis cum defuncto inchoata fuerit. l. omnes 26. & l.
constitutionibus 33. ff. d. O. & A. Joh. Petr. Surd. decis. 84. n. 14. p. m.
3. 227. Sed * verò pœnalem esse hanc L. Aquiliae actionem, extra
dubium est: quippe in inficiantem in duplum datur: l. lege Aquilia
2. §. 1. d. l. 23. §. hac actio 10. h. r. & l. 4. C. eod. tit. & * res perempta,
4. quanti plurimi eo in anno fuerit, æstimatur. d. §. 9. h. r. d. l. 2 d. l. 21. §. 1.
& d. l. 23. §. idem Iulianus 3. ff. eod. Obligatio * quoque tum ad
5. hæredes est transitoria, si originem ex contractibus vel quasi habe-
at; l. ex contractibus ff. d. O. & A. secus verò est, si ex delicto vel qua-
si descendat, ubi obligatio ad hæredes regulariter non transit. §. non
autem omnes i. stit. d. perpet. & temporal. act.

Sed *

Sed * objicitur quòd interdum rei persecutoria sit hæc actio. Ergò in hæredes ea datur: cùm constet, actiones rei persecutorias in hæredes absq; dubio transire. Respondetur *: licet interdum rei persecutoria tantùm sit actio hæc; tamen naturâ sui pœnalis est: quod * sufficit, ne in hæredes intentari possit. Hartmann. Pistor. *quest. jur. libr. 1. q. 27.* Jacob. Thoming. *decis. 24.* Joh. Cöpp. *libr. 2. observat. 77. n. 5. & seqq.* Grivell. *decis. Dolan. 6. n. 4. & seqq.*

Limitatur * verò hæc opinio: quando per reum stetit, quò minùs lis contestata fuerit: quo * casu, cùm pœnalis actio in hæredes & ante litis contestationem transeat, etiam L. Aquiliæ actio in eos transibit. Jason. *in l. si eum §. qui injuriarum ff. si quis caut. judic. sist.* Modò * tamen actor in mora non fuerit, sed fecerit, quidquid potuit, ut litis contestatio subsequi potuerit. Paul. d. Cast. & Alex. *in d. §. qui injuriarum.* Pistor. d. q. 27. n. 7. & 8. Grivell. d. *decis. 6. n. 6.*

Controversia II.

Per civilem legis Aquiliæ actionem priùs institutam criminalis legis Cornelie accusatio non consumitur.

Summaria.

Plures actiones cum L. Aquiliæ actione concurrunt, remissivè. n. 1.

Actio L. Aquiliæ & injuriarum concurrere possunt & cumulatio in Camera Imperiali admittitur. n. 2. & 3.

Cum L. Aquiliæ actione L. Cornelie quoq; accusatio concurrit. n. 4. 5. 6. & 7.

Objectio ex l. 4. ff. d. public. judic. n. 8.

Duplex solutio. n. 9. & 10.

Objectio ex l. 7. §. 1. ff. d. injur. n. 11.

Solutio. n. 12. & 13.

CUM * legis Aquiliæ actione plures actiones concurrunt, tam civiles quàm criminales, nec tamen una consumit alteram. D. Harppr *hic num. 1.* Et * quòd L. Aquiliæ & injuriarum actio concurrere possint; responsum est *in l. qui servum 34. ff. d. O. & A.* Atque * cumulatio istarum actionum in Camera Imperiali admittatur; tradit Geil. *1. observat. 63. n. 9.* Mynsing. *1. observat. 25.* Sic * cum actione hac legis Cornelie quoque accusatio concurrit, nec tamen hæc per illam consumitur: liberumq; est; actori utrâ priùs experiri velit, neque si priùs legis Aquiliæ actione egerit, præjudicium

Ccccc

legi

5. legi Corneliae fiet. §. b. 11. l. inde Neratius 23. §. si dolo 9. ff. h. t. Et enim * quoties plures actiones ad duos & diversos fines tendunt, una alteram non consumit, sed utramq; intentare permissum est. l. si pro fure 7. §. 1. ff. d. condict. furt. l. unic. C. quand. civil. act. crimin. prajud. cum simil. Et * tum demum unâ actione experiri quis debet; quoties plures ejusdem rei nomine concurrunt. l. nemo ex his 43. §. 1. ff. d. R. I. Sed * legis Aquiliae actio & legis Corneliae accusatio ad diversos fines spectant: ista enim publicae disciplinae concernit vigorem; illa verò ad privatorum utilitatem pertinet: proinde unâ intentatâ alteri prajudicium non fiet.
6. Non * obstat l. interdum 4. ff. d. public. jud. ubi habetur: interdum evenire, ut prajudicium publico judicio fiat, ut in legis Aquiliae actione. Responderi * enim ad eam dupliciter potest. 1. Ita in legis Aquiliae actione legis Corneliae judicio prajudicium fieri, ut interim dum civilis actio pendet, criminalis actio intentari non debeat: 2. * ut, si succumbat actor, criminalis actio non concedatur, secus autem si vincat.
7. Neque * etiam obstat l. 7. §. 1. ff. d. injur. ubi civilis actio criminalem absumere dicitur, etsi vicerit actor. Si * enim principaliter in actione civili est, quod in criminali venit, uni per alteram prajudicium fit, sicut in injuriarum actione civili & criminali evenit, quarum utrâque poenam persequimur; motâ * igitur unâ altera consumitur. Quibus textibus satisfacimus quoque in precedenti tit. controuv. 5. Farinac. d. divers. crimin. q. 100. n. 133. & seqq. Fachin. libr. 9. c. 2. D. Rümmlin. p. 2. pandect. disputat. 8. thes. 10. Bachov. part. 1. disputat. 18. thes. 10. lit. H. pag. 725. Johann. Cöppen. libr. 2. observat. 77. n. 7. & 8.
- 8.
- 9.
- 10.
- 11.
- 12.
- 13.

Controversia III.

*Consiliarij, Doctores, Advocati & Medici,
imperitiâ peccantes, actione in factum
tenentur.*

Summaria.

Consiliarij, Doctores & Advocati imperitiâ peccantes, parti læsæ ad damni reparationem & interesse tenentur. n. 1.
Ad idem Medicus imperitiâ peccans tenetur. n. 2.

Quâ actione personæ istæ teneantur, controversum est. n. 3.

L. Aquiliæ actione eas non teneri, probatur. n. 4. & 5.

In factum actione personæ istæ tenentur. n. 6.

Consiliarius, * Doctor, vel Advocatus, per imperitiam consilium suppeditantes, parti ad reparationem damni & interesse tenentur. Jason. in l. 2. ff. quod quisquis jur. in alium statuerit. Abbas. in c. tua nos x. d. homicid. Corset. in repetit. Abbat. in verb. Doctor. Et * Medicum, imperitè ægroto medicamenta applicantem, ad idem teneri; tradit Bonfac. d. Vitellin. in tract. d. malefic. in rubric. n. 33. Sed * quâ actione personæ istæ imperitiâ peccantes possint conveniri, quæri posset? Et * sanè non Legis Aquiliæ actione, neque directâ neque utili conveniri eas posse; ratio juris nobis suggerit. Etenim * non corpore suo, nec in corpus damnum dant, non occidunt, non frangunt, nihilq; rumpunt. Itaque * subsidia-
ria in factum contrâ personas istas datur actio. §. fin. h.t. & argum. l. si servum 33. §. fin. ff. eod. ubi resp. Paulus IC. in damnis, quæ L. Aquiliâ non tenentur, in factum dari actionem. Bachov. in not. & animadvers. in Treutler. part. 1. disputat. 18. thes. 9. lit. D. D. Rümlin. Exercit. 18. th. 2. sub lit. D.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

De INJURIIS.

TITULUS IV.

Controversia I.

Verba naturâ sui injuriam importantia, injuriandi animo prolata esse præsumuntur.

Summaria

Iniuriæ verbum tripliciter sumitur in iure nostro. n. 1.

Hic pro contumelia sumitur. n. 2.

In injuriarum actione dolus & injuriandi animus adsit, necesse est. n. 3. & 4.

Dolus & injuriandi animus præsumatur ex verbis & re ipsa. n. 5.

Etsi protestatio iis adjecta fuerit. n. 6.

Limitatio. n. 7.

Si quis dixerit alteri, Tu mentiri salvo honore tuo, injuria est. n. 8. & 9.

Ex nimio iracundiae calore verba injuriosa proferens, si illum poeniteat eorum, punitur, sed mitius. n. 10. 11. 12. & 13.

Idem de ebrio statuitur. n. 14. 15. & 16.

Injuria est, si quis *pauper* vocetur, vel si idoneus est, pro fidejussore non accipitur. n. 17.

Item si quis aliquem *debitorem suum* appellet, qui non est. n. 18.

Si quis dixerit: *sum nobilior, honestior, vel clarior te*, injuria non est. n. 19. & 20.

Nec injuriarum tenetur, si quis dixerit alicui, *Tu falsum dicis*. n. 21.

Sicut nec tenetur, qui mulierem, in meretricio habitu incedentem, meretricem nuncupet. n. 22. & 23.

Verba injuriam sonantia tam diu pro injuriis habentur, donec contrarium a reo probetur. n. 24. & 25.

Obiectio. n. 26.

Solutio. n. 27. 28. 29. & 30.

Reo concurrentibus circumstantiis & conjecturis, ut si à conjuncta persona prolata verba, juramentum purgationis deferri potest. n. 31. 32. 33. 34. 35. & 36.

Quæ practica est sententia. n. 37.

Limitatio. n. 38.

15. **I**Njuria* in jure nostro triplicem habet significationē 1. pro eo sumitur, quod non jure fit: 2. pro damno culpâ dato, ut in L. Aquiliae actione: & 3. frequentius id significat, quod contumelia fit causâ. l. 1. pr. ff. h. t. & princip. h. t. Et * in hac tertia significatione injuria in hoc titulo sumitur. Ut * verò injuria facta esse censeatur & injuriarum competat actio, dolum & animum injuriandi intervenisse, necesse est: nam * injuria absq; dolo & animo injuriandi nunquam infertur, sed ex affectu & malo proposito æstimanda est. l. illud relatum 3. §. 1. & l. seq. ff. h. t. l. si non convitii 5. l. qui liberos 9. & seq. C. eod. tit.

6. Qui * sanè injuriandi affectus & animus ex verbis & re ipsa dijudicandus est: nam * si quis verba naturâ sui injuriam sonantia & importantia protulerit; tum ea injuriandi animo dicta & prolata esse præsumuntur. d. l. si non convitii 5. C. h. t. ubi Gloss. & Dd. communiter. Andr. Geil. 2. observat. 106. n. 1. ibiq; Bernhard. Gravæ. n. 8. Jul. Clar. libr. 5. §. injuria versic. quæro nunc n. 12. Johann. Grivell. decis. Dolan. 12. n. 17. D. Benedict. Carpzov. in jurisprudent. forens. part. 4. constit. 42. definit. 7. n. 3. p. m. 1459. Quod procedit & verum est: licet quis verba injuriosa cum protestatione protulerit, quòd ea injuriandi animo dicta esse nolit: nisi * ei aliæ conjecturæ adminiculantur. Clar. d. §. injuria n. 13. versic. quæ tamen conclusio Gravæ. conclus. 10. per tot. p. 291. libr. 2.

Unde

Vnde * si quis dixerit alteri: *Tu mentiris salvâ reverentiâ & salvo honore tuo*, injuriarum teneretur. Non * solum enim ex verbis præsumitur injuriandi animus, sed etiam protestatio actui est contraria, quæ effectu caret. *l. si quis 21. ff. d. adquir. heredit.* Bartol. in *l. item apud Labeonem §. ait Prator ff. h. t.* & Dd. communiter in *d. l. §. eod. tit.* Farinac. *quest. crimin. 105. n. 311. & seq.* Anton. Fab. in *Cod. suo tit. d. injur. definit. 1. n. 3. versic. amplius Geil.* 2. *d. observat. 101. n. 1. 2. & 3.* Treutler. *p. 2. disput. 30. th. 5. lit. G. ibiq.* Bachov. & Hunn. Covarruv. *libr. 1. variar. resolut. cap. 11. num. 1.* Soarez. *commun. conclus. lit. 1. n. 77.* Francisc. Viv. *libr. 2. commun. opinion. verb. actione injuriar. n. 1. & 2.* Welsenbec. *consil. 22. n. 30.*

Quod * si quis etiam ex præcipitata animi commotione & nimiae iracundiæ calore verba injuriosa adversus alium protulerit, injuriarum nihilominus actione tenetur: nam * neque iracundiæ calor, neq; pœnitentia, neq; provocatio in delictis regulariter excusat. Jul. Clar. *d. l. q. 60. n. 9. 18. & 21.* Si * tamen postea animo sedato revocet illud dictum, seque dicti pœnitere ostenderit; mitius puniri eum, æquissimum est. Anton. Fab. in *Cod. suo libr. 9. tit. 20. defin. 1. per tot. d. injur. pag. m. 1140.* Et * faciunt tradita Geilii 2. *observ. 106. & 100. n. 34. & seqq.* Tyraquell. *d. pœn. legit. c. 1. Mynsing. resp. 7. n. 40. & resp. 83.* Vasqu. *libr. 1. illust. controvers. c. 18. n. 29. p. m. 203.* Tessaure. *decis. 170.* Sturt. *ad l. quidquid calore ff. d. R. I.*

Idem * etiam de ebrio statuendum est: cui, si vinolentiâ discussâ pœniteat dictorum, veniam aliquam concedendam esse; statuit ipse Aristoteles, Philosophorum Princeps. *libr. 3. Ethic. c. 1.* Piccolomin. *gr. 2. Philosoph. moral. c. 2.* Et * facit hîc *l. omne delictum §. per vinum ff. d. re milit.* Quod * enim ebrium graviori pœnâ plectendum esse dicunt; hoc in gravioribus tantum delictis, non in levioribus obtinet. Petr. d. Anchoran. *libr. 2. q. 13.* Vasq. *libr. 3. illustr. controvers. q. 96. n. 91. p. 1.* Tyraquell. *d. pœn. leg. temper. caus. 6.* Menoch. *libr. 2. d. arbitrar. judic. quest. cent. 4. cas. 326.* Welsenbec. in *ff. h. t. n. 11.*

Injuriâ * quoque quis affici dicitur, si pauper vocetur; & quando idoneus est & opponitur, idoneum fidejussorem eum non esse. Joseph. Ludovic. *decis. Lucens. 4. n. 37.*

Item * injuriarum tenetur: si quis aliquem debitorem suum appellet: cum tamen non sit. *l. item apud 15. §. si quis non debitorem*

ff. h. t. Hartmann. observat. tit. 28. observat. 2.

19. Non * tamen injuriarum actione tenetur, si quis dixerit alicui:
 20. Sum * nobilior, honestior, vel clarior te: quoniam * verba hæc honori nihil detrahunt, proinde nec injuriandi animo prolata esse censentur. Johann. Baptist. d. Plotis *consil. crimin. 131. tom. 1. Dec. consil. 184.* Ludovic. Gilhaus. *in comment. d. injur. §. 6. n. 44.*
21. Nec * injuriarum tenetur, si quis dixerit: *Tu falsum dicis*: quoniam nec hæc verba injuriosa sunt; ideoque injuriandi animo prolata esse non præsumuntur. Ludolph. Schrader. *in l. admonendi ff. d. jurejur. n. 17.*
22. Sicut * nec injuriarum tenetur actione: si quis mulierem in habitu meretricio incedentem meretricem nuncuparit: quoniam
 23. * propter habitum istum excusatione dignus est. Mascard. d. *probat. conclus. 1068. n. 31.* Joachim. Scheplitz. *in consuet. Brandenburg. part. 1. tit. 2. §. 6. in addit. n. 4. p. m. 53.*
24. Et * ergo quando quis verba naturæ sui injuriosa adversus alium protulit; tum ea tam diu pro injuriosis habentur & injuriandi animo prolata esse censentur, donec contrarium probetur: quod
 25. non actori, sed reo probandum erit. Nam * dolus & delinquendi animus præsumitur in eo, qui in re illicita versatus est. *d. l. si non convitii §. C. h. t. l. si ex plagis §. tabernarius ff. ad L. Aquil. l. 2. §. doli mali mentio ff. d. vi bon. rapt. Felin. in c. si autem n. 1. & seq. d. rescript. Geil. d. observat. 110. n. 7. Grivell. d. decis. 12. n. 16. Mascard. d. probat. conclus. 904. n. 6.* Neque * obstat quod vulgò dicitur: in confitentem nullas alias esse partes judicis, quàm condemnare reum.
 26. *l. proinde §. fin. ff. ad L. Aquil. & simil.* Hoc * enim tum demum
 27. verum est & procedit, ubi confessio rei vel qualificata non est: vel *
 28. ubi aliæ conjecturæ non concurrunt, ex quibus colligeretur & contra præsumeretur: reum verba pro injuriosis acceptata injuriandi animo non protulisse. Quibus * sanè casibus actor vel reus ad probationem admittendus esset.
29. Reus * igitur, verba naturæ sui injuriosa qui protulit, contrarium probare tenetur: quod sc. verba ista non injuriandi animo protulerit. Verum * si ejusmodi concurrerent circumstantiæ, ex quibus
 30. colligi posset, verba injuriandi animo prolata non esse, tum reo juramentum purgationis deferri posse Dd. statuunt: veluti * si sint
 31. conjunctæ personæ, vel amicus singularis &c. quibus & similibus
 32. casibus

casibus reus per juramentum purgare se posset. Quæ * enim in solo animo consistunt, nec videri, nec tangi possunt, non aliter quàm juramento probari queunt. *l. furti 6. §. qui jussu 4. ff. d. his qui not. infam.* Et * quæ in conscientia atque intellectu consistunt, ea per assertionem cum juramento rectè probari; constat *ex c. 6. §. ult. qui matrim. accus. poss. Geil. 2. observ. 48. n. 24. Bart. in l. ut vim in fin. ff. d. justit. & jur. Geil. 2. observat. 106. n. 6. & ibi Grævæ. Menoch. libr. 5. præsumpt. 40. n. 18. Joseph. Mascard. d. conclus. 904. n. 13. & seqq. Wurmser. practic. observat. tit. 44. d. injur. observat. 10. Treutler. d. th. 6. lit. B. ibiq. Bachov. & Hunn.*

Quod * si igitur conjecturæ, vel circumstantiæ ejusmodi pro reo non concurrerent; purgationis juramentum ei deferendum non esse, benè monet Dn. Benedict. Carpzov. in *Iurisprudent. forens. p. 4. constit. 42. definit. 9. n. 9. & 10.* Cæteroquin * injuriarum reus semper haud absque perjurii periculo ab injuriarum actione facillimè liberare se posset. Quam * sententiam, tam in Foro communi, quàm Saxonico verissimam esse & quotidie ita practicari; tradit post Dd. à se allegat. Berlich. *practic. conclus. 60. n. 13. p. 5.*

Cæterùm * si illud, quod dictum est, naturâ sui injuriosum non esset, ab actore verò pro injurioso acceptatum; tum non reus, sed actor probare teneretur, animo injuriandi prolatum esse; cæteroquin absolvendus esset reus. *L. 2. l. ante omnia 23. ff. d. probat. l. actor 23. l. 6. eod. tit. l. qui accusare 4. C. edend. Mascard. d. probat. concl. 902. n. 48. & 10. Farinac. in prax. crimin. patr. 3. quest. 105. n. 117. Berlich. d. conclus. 60. n. 5. & 6. Harpprecht. d. l. n. 9. Treutler. d. disput. 30. th. 5. lit. B. ibiq. Bachov. & Hunn.*

Controversia II.

Is, qui in judicio contrà testes excepit, quòd sint infames, falsarii, perjuri, alisque criminibus obnoxii, nec tamen probat objecta crimina; testibus injuriarum actione tenetur.

Summaria.

Ardua hæc est controversia. n. 1.

Diversæ Dd. opiniones. n. 2. 3. 4. & 5.

Autor communem sententiam affirmativam Dd. sequitur & probat. n. 6.

7. 8. 9.

7. 8. 9. 10. 11. 12. & 13.

Obiectio. n. 14.

Solutio. n. 15.

Obiectio. n. 16. & 17.

Solutio. n. 18. & 19.

Obiectio ex l. 12. ff. h. r. & l. 26. ff. d. liberal. caus. n. 20.

Solutio. n. 21. 22. & 23.

Obiectio ex l. 44. ff. d. jur. fisc. n. 24.

Solutio. n. 25. & 26.

Prima Dd. distinguendum opinio revellitur. n. 27. & 28.

Secunda Distinguendum opinio rejicitur. n. 29. 30. & 31.

Affirmativæ sententiæ prima ampliatio. n. 32. & 33.

Secunda ampliatio. n. 34. 35. 36. & 37.

Limitatio. n. 38. & 39.

1. Opinio nostra à Dd. communiter comprobatur. n. 40.

2. **G**avis * & ardua hæc est controversia, in cujus decisione magna Autoritatis Jcc. in diversas iverunt sententias. Nam *
3. quidam Negativam tuentur sententiam : inter quos est An-
4. dreas Fachinæus *libr. 9. controv. jur. c. 13.* Quidam * verò affir-
5. mativam tenent : quæ est communis Dd. sententia. Alii * distin-
6. guunt, an aliquid probaverit is, qui contra testes excipit, an verò
7. nihil planè probaverit. Ioh. Petr. Surd. *decis. 89. n. 3. 26. 27. & 28.*
8. Grivell. *decis. Dolan. 100. n. 7. 9. & 8.* Alii * autem distinguunt
9. ulterius, an causa ardua & in qua de vita vel de honore agatur cri-
10. men testi objiciatur ; an verò levis sit. Grivell. *d. l. n. 10.*

7. Nos * sanè tutius esse censemus, si hîc communem Dd. opi-
nionem indistinctè retineamus & sequamur. Nam * & verba
& facta naturâ sui injuriam importantia pro injuriosis habenda
8. sunt, tam diu, donec contrarium probetur: veluti hoc in *controvers.*
9. *præced.* probavimus. Is * verò, qui in judicio contra testes tanquã in-
fames & intestabiles excipit id dicit & facit, quod naturâ sui omni-
10. nò injuriosum est. Quæ * enim gravior viro bono & honesto inju-
11. ria inferri potest, quàm in judicio crimen objicere, quod probari
12. non potest? præsertim * verò quod quilibet bonus & honestus
13. præsumatur, donec contrarium probetur. Neque * enim licet cum
alterius æstimatione & fama interesse sui causâ sub quocunq; etiã
prætextu ita versari, ut ea violetur & dehonestetur. Quod * verò hoc
fiat, si crimen testi in judicio objiciatur nec tamen probetur, quis de
hoc ambigere vellet? Si * enim levioribus ex causis, ut nutu &
aliis injuria inferri cui potest, quid ni sic in judicio gravissima
inferretur.

Non

Non * facit pro negativæ sententiæ patronis, quòd is, qui suo jure utitur, nemini injuriam faciat. Etenim * negatur hoc juris habere contrà testem ita excipientem, nec tamen objectum crimen probantem: si probat illud, jure suo utitur; si non probat, injuriam infert.

Non * pugnat etiam pro Dissidentibus: quòd injuria absque injuriandi animo non fiat. Hic * autem injuriandi animus non interveniat. Negatur * enim & hoc: siquidem is qui crimen objicit, nec tamen probat illud, calumniari præsumitur; l. 1. C. d. adv. divers. judic. c. 1. §. qui verò in probatione d. elect. libr. 6. can. qui non probaverit. 2. quest. 3. ideoque * injuriarum tenetur. l. si tibi servitutis 31. C. d. liberal. caus.

Nec * adversariis patrocínatur l. si quis de libertate 12. ff. h. t. & l. qui ex libertate 26. ff. d. liberal. caus. ex quibus textibus colligitur: Eum, qui libero homini servitutis conditionem falso objicit, injuriarum actione non teneri. Etenim * in adductis textibus liber homo pro servo venditus fuit, ut proinde omnis doli expers sit emptor; consequenter injuriarum non tenetur. Nostro * verò in casu in dolo esse præsumitur contrà testem excipiens, tamdiu donec contrarium probetur. A * diversis igitur isthæc argumentatio procedit, quæ non admittitur. l. Papinianus 20. ff. d. minor.

Sed * nec Dissidentibus adjumento esse potest. l. deferre §. sed communem & l. delator 44. ff. d. jur. fisc. ubi neque delator famosus esse dicitur, qui vel causam sibi cum fisco communem, vel protegendæ suæ causæ gratiâ aliquid ad fiscum nunciat. Etenim * negatur consequentia, quæ ex allegat. ll. deducitur: non enim exinde sequitur: is, qui citrà præmium defert causam ad fiscum, pœnam delatoris non incurrit. Ergò qui crimen testi objicit, nec probat, ab injuriarum actione absolvendus est. Nullam * hîc videmus consequentiam: proinde textibus oppositis diutius immorandum non erit.

Porro * nec distinguendum opinio, An sc. aliquid probaverit is, qui excepit contrà testes, an non, admittenda hîc erit: nam * is, qui non probat ut juris est, perinde habendus, ac si nihil probasset: paria enim sunt aliquid planè nō fieri & nō legitimè fieri.

Sicut * nec illa distinguendum approbanda opinio: An causa sit gravior, vel levior, in qua crimen testi objicitur: siquidem *

31. gravitas causæ tertio innocenti præjudicium facere, & honorem ejus atq; existimationē gravare non debet. Ut * gravitas causæ nihil hīc facere possit.

32. Quæ* opinio nostra ampliatur ut sit vera: etiamsi quis cum protestatione testi crimen objiceret, quod sc. tuendi sui juris causā, non animo injuriandi id faciat: nam * protestatio probatione non secutā actui est contraria; ideoque irrelevans. Sicut hoc in *praced. controvers.* diximus.

34. 2. Ampliatur * ut procedat: licet quis per Advocatum suum crimen objiceret testi; quod * quis enim per alium facit, id ipse fecisse videtur, secundū jura vulgata: ut * ideo tam cliens quā Advocatus injuriarum teneatur. Nisi * Advocatus inscio cliente crimen objecerit testi, quo casum Advocatum solū injuriarum teneri, omninō æquum est.

38. Cæterū * si probāset quid excipiens contrā testem & famā etiam contrā eum concurreret; excipientem mitiūs puniendum esse judicarem. Nam * interdum non jus, sed probatio deficit: ut ideo circumstantia hæc à prudente judice attendenda videatur.

40. Quam * communem Dd. opinionem comprobant Oldrad. *consil.* 53. n. 6. Anchoran. *consil.* 325. n. 1. Boss. *tit. d. injur.* n. 21. Clar. *in §. fin. q. 53. n. 4.* Matth. *d. Afflict. tit. d. pac. juram. firm. v. injuria per tot.* Nicol. Boër. *consil.* 4. n. 31. 33. 34. 35. & 37. Geil. 2. *observat.* 101. n. 6. ibiq; Grævæ. *considerat.* 1. p. 292. & seq. Gylman. *in vot. ac præjudic. Cameral. tom. 2. Symphorem. pr. 2. vot. 42. n. 12. 14. & in fin.* Farinac. *libr. 3. prax. crimin. q. 105. n. 233.* D. Harpppr. *ad §. 1. h. t. n. 107. & seqq.* D. Benedict. Carpzov. *in jurisprudent. forens. p. 4. constit. 42. definit. 7. p. 1459.* David. Döring. *in Bibliothec. Icc. verb. actio injuriarum n. 115 pag. 362. tom. 1.*

Controversia III.

Veritas convitii ab injuriarum actione non excusat.

Summaria.

Practicabilis hæc est controversia, sed de ea Dd. variè sentiunt. n. 1.

Autor communem Dd. distinctionem sequitur, An expediat Reipublicæ, crimen obiectum manifestari, an non. n. 2.

Obiectio ex l. si non convictus §. C. b. t. n. 3, 4, 5, 6, & 7.

Nova ejus solutio. n. 8. 9. & 10.

Instantia. n. 11.

Remotio. n. 12. & 13.

Objectio ex artic. 110. Constit. Crimin. Caroli V. Imperat. n. 14.

Solutio. n. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.

Interdum Magistratus in eum, qui verbis objecit alicui crimen, quod sciri interest Reipublicæ, pro circumstantiarum ratione ex officio animadvertere potest; licet injuriarum actio non detur. n. 21. 22. & 23.

Prima opinionis nostræ limitatio. n. 24. & 25.

Secunda limitatio. n. 26. & 27.

Tertia limitatio. n. 28.

Opinio nostra communis & recepta est. n. 29.

Quotidiana * quidem, sed tamen variis Dd. opinionibus involuta est hæc controversia: veluti hoc apparet ex traditis Nicolai Boërii consil. 4. per tot. David. Döringii, in Bibliothec. Icc. tom. 1. verb. actio injur. n. 40. fol. 360. D. Bocerii in comment. ad l. unic. C. d. famos. libell. c. 3. n. 11. & seqq. & Johann. Dauthii. testament. n. 228. pag. n. 188. & seq. Nos * hinc communem Dd. distinctionem sequimur: nimirum An expediat Reipublicæ crimen objectum manifestari, an non: ut si expediat, ab injuriarum actione absolvatur reus; si minus eâ teneatur. l. eum qui 18. ff. h. t. ubi respondit Paul^{us} J. C. Eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum ob eam rem condemnari: peccata enim nocentium nota, & oportere & expedire.

Sed * obstat sententiæ nostræ. l. si non convitiis C. eod. tit. ubi rescribitur ab Imperatoribus: quod, si non convitii consilio aliquis injuriosum quid dixerit & probare possit, eum fides veri à calumnia defendat. Si * autem in rixam inconsultò prolapsus homicidium objecerit, anno elapso ob injuriæ admissum conveniri non possit. In * quo textu, ut injuriarum non teneatur crimen objiciens, duo requiri videntur: 1. ut probetur crimen illud: 2. ut non convitii consilio objectum fuerit. Nec * attendi etiam videtur ibi distinctio antè inducta: quia si convitii consilio homicidium objectum fuerit, nec annus præterlapsus; is qui objecit, injuriarum conveniri potest. At * verò homicidium manifestari omninò interest Reipublicæ. Respondemus *: oppositum textum in terminis habilibus accipiendum esse: nimirum in illis, quando non expedit amplius manifestari crimen illud: ut * si injuriatus antè accusatus fuisset homicidii & vel ex causa necessariæ defensionis absolutus,

10. vel extraordinariâ pœnâ punitus. Quo * casu non interest amplius manifestari & detegi illud crimen; ideoque injurians injuriarum actione tenetur. Neque * impedit quod in d. l. 5. sub conditione rescribatur: *si non convitii consilio aliquid injuriosum dictum fuerit: tum*
11. *demum fides veri à calumnia defendat.* Nam * & eo casu præsupponendum est, interesse Reipublicæ non versari. Itaq; * objiciens
12. crimen tum demum immunis est ab injuriarum actione: si probe
13. crimen, & illud non injuriandi animo objecerit.

14. Objicitur * etiam articulus 110. circ. fin. Constit. Criminal. Caroli v. Imperatoris, cujus formalia verba ita habent: *Wund ob sich gleichwol auch die aufgelegte Schmach der zugemessenen That in der Wahrheit erfünde / soll dannoch der Außrüffer solcher Schmach nach vermög der Rechten vnnnd ermessung des Richters gestrafft werden.*
15. Respondemus * textum istum, quem tantoperè extollit Hunnius p. 2. disput. 3. th. 5. lit. D. q. 39. contra communem istam Dd. distinctionem nihil planè facere. Tum * quod expressè loquatur de famoso libello: tum * quod non agat de injuriarum actione, quæ diffamato competat; sed de pœna, quam Magistratus diffamanti ex officio infligere potest. Jam * verò constat, crimen famosi libelli atrocius esse quâvis aliâ injuriâ; ideoque Magistratus in id in exemplum animadvertere potest: & * quod crimen diffamato objectum ad Magistratum legitimè non detulerit. Quoniam * igitur speciale est in crimine famosi libelli; ideoque ad alias verbales injurias producendum & extendendū non videtur. Sed * & dixerimus: in aliis injuriis verbis illatis, ubi crimen objectū sciri interest Reipublicæ, Magistratū in injuriantem pro circumstantiarum ratione ex officio animadvertere quandoq; posse eumque punire; licet injuriato injuriarum actio non detur: *Alldieweilen der Diffamant die That im Rugggericht nicht angezeigt noch angebracht hat.* Quamvis * enim bonum & utile sit Reipublicæ: nocentium crimina nota esse; tamen convitiandi libido & petulantia impunita esse non debent. c. cum minister c. relegantes 23. q. 5. Sigismund. Wittum. consil. crim. 7. n. 7.
16. Limitatur * autem opinio nostra 1. si is, qui dixit injuriam, probare quidem non possit; sed tamen id quod objecit injuriato ex fama vel auditu à fide dignis habuerit: modò de calumniandi & convitiandi animo enixè non constiterit. Excusat * enim fama à dolo
17. & calumnia, & consequenter à pœna, præsertim si ab egregiis per-
18. sonis

sonis & fide dignis originem habuerit. Jul. Clar. *recept. sentent.* §. 1. q. 62. n. 8. Anton. Fab. *in Codic. suo libr. 9. tit. 20. definit. 5. pag. m. 1141.*

2. Limitatur *: ut, si crimen obiectum non planè probâset injurians, sed aliquid: nimirum per testes singulares, qui plenam & perfectam probationem non faciunt. Quo * casu injuriarum actione teneretur quidem injurians eâque conveniri posset; non tamen ad palinodiam, sed aliam, pecuniariam fortassis pœnam condemnandus esset. Joh. à Sande *in decis. Frisic. libr. 5. tit. 8. definit. 7. pag. 574. & seq.* ubi præjudicium refert.

3. Limitatur * opinio nostra: in casu, quo quidem non interesset Reipublicæ, crimen manifestari; sed tamen objiciens justam causam illud objiciendi habuerit. Anton. Gomes. *d.l. Aym. Cravett. consil. 168. n. 3.* Joh. Vincent. Hondedæ. *consultat. 112. n. 29. vol. 1.* Ernest. Cothmann. *respons. 2. n. 36. & 37. vol. 5.*

Cæterum * opinionem nostram tanquam communem & receptam tenent & tuentur Jul. Clar. *d.l. tit. d. injur. n. 17.* Anton. Gomes. *tom. 3. variar. resolut. c. 6. n. 2.* Dan Moller. *ad constit. Elect. Aug. p. 4. constit. 42. n. 43. & seqq.* Didac. Covarruv. *libr. 1. variar. resolut. c. 11. n. 6.* Farinac. *q. 105. n. 227.* Geil. 2. *observat. 99. ubi Grævæ. considerat. 1. Fachin. libr. 9. controvers. c. 10.* Dn. Harpprecht. *ad §. 1. h.t. n. 101. & seqq.* Dn. Schütz. *exercit. 19. th. 5. lit. B p. 292.* Consil. Altor. 93. Gilhaus. §. 3. n. 144. Wessenbec. *in w. ff. h.t. Althus. in Dicaologic. libr. 1. c. 124. n. 7.*

Controversia IV.

*Actio ad Recantationem (wan auff ein
Widerruff geclagt würdt) non crimi-
nalis, sed civilis est.*

Summaria.

Pro injuriis illatis civiliter & criminaliter agi potest. n. 1.

Quando civiliter, vel criminaliter agatur. n. 2. & 3.

Utraq; actio tam civilis, quàm criminalis ad vindictam directa est. n. 4.

Recantationis actionem civilem esse, rejectâ Marantæ contrariâ sententiâ, probatur. n. 5. 6. 7. 8. & 9.

Recantationis actio cum civili injuriarum actione conjungi potest. n. 10.

De jure Saxonico ea cum criminali quoq; cumulari potest. n. 11.

Dddd 3

Obiectio

Obiectio. n. 12.

Duplex solutio. n. 13. 14. 15. 16. & 17.

Secundum stylum Camerae ad palinodiam convento honor reservari solet.
n. 18.

Quando quis actionem ad palinodiam evitare possit. n. 19.

Opinio nostra est recepta & practica. n. 20.

1. **P**RO * omni injuria vel civiliter, vel criminaliter agi potest. Et
2. * civiliter quidem agitur, quando poena injuriato adjudicari
3. petitur; criminaliter * verò, quando ea Fisco applicari petitur. §.
4. *in summa* 10. *h.t.* Quoniam * igitur utraque hæc actio tam civilis
quàm criminalis ad vindictam dirigitur; proinde in uno eodemq; li-
bello cumulari non potest: aliàs in duplo condemnaretur reus.

5. De * Recantationis sive Palinodiae actione quaeritur, An sit ci-
6. vilis, an verò criminalis. Criminalem * eam esse, statuit Rober-
tus Maranta *in specul. aur. p. 4. distinct. 1. n. 9. 10. 16. & seqq.* Verùm
7. * labitur Maranta: nam civilem esse actionem istam ex eo constat:
8. quòd * rei sit persecutoria: siquidem injuriatus ad famæ sive existi-
9. mationis restitutionem agere videtur. Licet * namq; per injuriæ
illationem verè non minuatur, nec lædatur viri honesti fama & ex-
istimatio, & ea de causa restitutioni locus esse non videatur; tamen
Vulgi opinione perinde habetur, atque si fama læsa per recantatio-
nem restitueretur. Unde * cùm actio hæc neque criminalis, neq;
10. civilis poenalis, sed civilis sit rei persecutoria; cum civili injuriarum
actione poenali in uno libello cumulari potest & libellus in Came-
ra Imperiali admittitur, qui non admitteretur, si recantationis actio
vel poenalis, vel criminalis esset.

11. Quin * actionem hanc accessorie etiam cum criminali pro-
poni posse; tradunt Benedict. Carpzov. *in Jurisprud. Forens. p. 4.*
constit. 42. definit. 2. n. 9 & 10. Berlich. *practic. conclus. p. 5. conclus.*
62. n. 13. & Grævæ. conclus. 65. n. 14. Quod de jure Saxonico se-
cundum Carpzov. & Berlich. indubiè procedit.

12. Sed * objicitur: idèò criminalem hanc recantationis actio-
nem esse censendam: quòd cum infamia & vituperio conjuncta sit.
13. Verissimè * respondet hîc D. Harpprecht. *ad §. 10. h.t.* quòd in qua-
vis actione dijudicanda diligenter considerari debeat, quid prin-
cipaliter petat actor & consequatur. Cùm * igitur actor in recan-
tationis actione non principaliter intendat, ut reus infamiæ labe
14. aspergarur vel vituperio afficiatur; sed ut honor sibi ablatus resti-
tuatur:

tuatur: licet per consequentiam reus infamia & vituperio notetur; consequitur actionem hanc non criminalem, sed civilem esse. Deinde * respondetur: consequentiam argumenti hujus negando: licet * enim in actione hac condemnatus infamia notetur; non tamen sequitur, eam criminalem esse: nam * & depositi, mandati & de dolo condemnatus infamia notatur; quas actiones propterea criminales nemo dixerit.

Cæterum * de stylo Camerae Imperialis injuriarum etiam ad palinodiam condemnato honorem & famam reservari; testatur Geilius d. observat. 65. n. 6. & constat ex sententiis Camerae Imperialis, à Christiano Barthio p. 3. fol. 631. lit. I. & fol. 1062. lit. B. relatis.

Quin * actione injuriarum conventum actionē ad palinodiam evitare posse, si ante litis contestationem de bona fama injuriati judicialiter testetur; deducitur ex l. quidquid calore 48. ff. d. R. I. & notant Anton. Faber in Codic. suo libr. 9. tit. 20. definit. 11. Dn. Carpzov. d. constit. 42. definit. 11. per tot.

Quam * opinionem nostram tanquam receptam & practicam tuentur. Geil. d. l. & ibi Grævæ. Mynsing. cent. 2. observat. 98. n. 1. & cent. 1. observat. 84. & resp. 7. decad. 1 Wefenbec. consil. 22. n. 18. Carpzov. d. definit. 2. per tot. Autor. consil. Argentin. 77. n. 3. & seqq. vol. 2. pag. 1357. cum seqq. Johann. Cöppen. observat. libr. 2. observ. 84. per tot. Treutler. p. 2. disput. 30. th. fin. lit. A. ibiq. Bachov. & Hunn. quest. 46. p. 358.

Controversia V.

Retorsio de jure Civili licita esse censetur.

Summaria.

Frequens admodum est retorsionis usus. n. 1.

Retorsio fit vel sine scriptis, vel in scriptis.

In Ducatu Wirtembergico retorsio, qual fit in scriptis, prohibita est. n. 3.

Retorsionem de jure Civili permissam esse, probatur. n. 4. 5. 6. 7. 8. 9. & 10.

Obiectio. n. 11.

Solutio. n. 12. 13. 14. 15. & 16.

Prima limitatio de jure Divino & conscientiae Foro. n. 17. & 18.

Instantia. n. 19.

Solutio. n. 20. & 21.

Secunda limitatio de jure civili. n. 22. & 23.

Tertia limitatio. n. 24. 25. 26. & 27.

Admodum

1.

ADmodum * frequens est retorsionis usus, ut is, cui injuria infertur, eam adversus injuriantem vel per mendacii infimulationem, vel ejusdem, vel etiam diversi criminis objectionem retorqueat. Quod * tam verbis quam in scriptis fieri solet: & * quidem ea quæ fit in scriptis in Inclyto hoc Wirtembergico Ducatu sub pena 20. florenorum prohibita & non nisi injurians coram Magistratu suo planè conveniri non possit, in subsidium demum admissa est. *Sürst. Würtemb. Landsord. pag. 345.*

2. 3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

De * retorsione verò in genere quæritur, An ea de jure permissa sit? Quod negat inter alios Henningus Rennemann. *d. retors. p. 2. th. 1. & mult. seqq.* Verum * nos eam de jure defendi posse sentimus. Nam * omnis injuria ab affectu & animo injuriandi æstimatur & dijudicatur: sicut hoc in *controv. 1. h. t.* deduximus. Sed * verò is, qui retorsionis medio adversus injuriantem utitur absq; affectu & animo injuriandi & sic sine dolo hoc facere censetur; Ergò * impunè hoc facit: & sic per consequens de jure permissa erit retorsio. Quod * etiam probat textus in *l. qui cum major 4 § fili libertus 6. ff. d. bon. libert.* ubi respondit Ulpianus JC. quòd ignoscendum sit ei, qui provocatus ulcisci se voluit. Et * in *l. quæritur 25. ff. d. procurat.* respondit Idem Ulpianus: quòd, si adversarius vel procurator dicat dominum mentiri, ferend⁹ non sit procurator, qui sibi adserit procurationem: nam hoc ipso suspectus sit, qui operam suam ingerit invito: nisi fortè purgare magis convitiū, quàm procurationem exequi maluerit.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

Neque * obstat: quòd omnis privata vindicta de jure sit prohibita. Etenim * respondetur: quòd hoc quidem regulariter ita verum sit; sed tamen in injuriarum causa si cum moderamine & in continenti fiat, permissa sit: ut hîc exceptio sit à Regula. Et * quidem non tam approbatur vindicta illa, quam permittitur; ut adeò injuriat⁹ per quandā conniventiam legis hanc privatā ultionē exerceat. Quod * ex verbis adductarum legum colligitur, dum in *d. l. 4. § 6.* dicitur: *quòd ignoscendum sit ei, qui ulcisci se voluit provocatus.* Et in *d. l. 25.* *quòd ferendus sit suum pudorem purgans.* Si * igitur ignoscendum est ei & ferendus est is, qui vitium & pudorem purgavit; tum sequitur, quod rectiùs fecisset retorquens, si vindictam Deo & qui loco Dei est, Magistratui reliquisset, nec sibi ipsi jus dixisset. Nam * non omne quod licet honestum quoque est. *l. non omne 144. ff. d. R. l.*

Et *

Et * in l. in patrem 19. ff. qua in fraud. credit. l. in conjunctionibus 197. illi landari videntur, qui non semper id quod licitum est faciunt eoque utuntur.

Unde * limitatur opinio nostra 1. de jure Divino, secundum quod omnis privata vindicta prohibita est. *Levit. c. 19. v. 18. Deuteron. 6. 33. v. 35. Ezechiel. c. 25. v. 12. & 13. & aliis innumeris SS. Scripturæ locis.* Proinde * in conscientie Foro retorsionem licitam non esse; statuendum erit. *Vid. Rennemann. p. 2. th. 5.* Non * tamen instantia dari hinc nobis poterit: quod, si de jure Divino non permessa retorsio; nec à jure Civili ea permitti potuerit. Etenim * & DEUS in Veteri Testamento toleravit quædam in populo suo, quæ tamen non probavit per omnia, quod exemplis doceri posset. Et * DEUS multorum peccatorum ultionem sibi reservavit, quæ Magistratus Politicus punire non solet.

2. Limitatur * opinio ista, ut tum de jure civili permessa sit retorsio: si incontinenti fiat, & terminos sive modum defensionis non excedat; cæteroquin injuriarum actio utrinque locum habet: sic * tamen ut is, qui excessit modum mitius puniri debeat. *Andr. Geil. libr. 2. observat. 100. per tot. & ibi Grævæ. Decian. consil. 53. vol. 3. n. 4. Anton. Fab. in Codic. libr. 9. tit. 20. definit. 8. n. 8. in allegat. D. Harpppr. ad §. hæc actio 12. h. t. n. 107. & seqq.*

3. Limitatur * in libello famoso, qui propriè talis est, nimirum in quo nomen diffamantis non subscriptum. Ratio * limitationis hæc est; quod nomine occultato injuria contra neminem retorqueri possit; ut * verò valida sit retorsio, ea contra certam personam dirigenda sit. Et * facit optimè hinc: quod in injuriarum actione nomen injuriantis exprimendum sit. Ergo * & in retorsione, quæ in locum injuriarum actionis succedit, illud exprimendum erit. *Carpzov. in jurispr. forens. p. 4. constit. 44. definit. 7. per tot. Harpprecht ad d. §. 12. n. 213. Berlich. practicab. conclus. 64. n. 33. p. 5.*

Controversia VI.

Injuriarum actio per retorsionem tollitur.

Summaria.

Retorsio de jure civili & usu permessa est. n. 1.

Affirmativa controversiæ hujus sententia probatur. n. 2. usque ad n. 14. inclusive.

E e e e e

Objectio.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25.

26.

27.

Obiectio. n. 15.

Duplex solutio. 16. 17. 18. 19. & 20.

Opinio nostra est communis & practica. n. 21. 22. 23. & 24.

1. **R**etorsionem * non solum de jure Civili permissam quod præter Rennemannum etiam Dn. Sigismundum Finckelthaus observat. pract. 37. negare deprehendimus; sed etiam usu ubique receptam esse, in precedent. controvers. diximus. An * verò retorsio injuriarum tollat actionem, non minus inter Dd. controversum est. Ubi * affirmativa amplectenda sententia, quæ hocce probari potest argumento: Quotiens * duo remedia ad eundem finem spectantia competunt, uno electo alterum perimitur. Sed * retorsio & injuriarum actio ad eundem finem spectant; Ergò uno electo alterum perimitur. Et sic retorsione electâ injuriarum actionem tolli, consequitur. Major * proposito manifesta est: & probatur per textum in l. si pro fure 7. §. 1. ff. d. condict. furtiv. l. unic. C. quand. civil. act. crimin. præjudic. & l. nemo ex his 4. 3. §. 1. ff. d. R.I. Minor * ex eo probatur: quòd injuriarum actionis finis sit, ut convitium purget injuriatus, l. quæ omnia 25. ff. d. procurat. & deinde ut vindictam de injuriante sumat. Sed * verò quis inficias ibit: eum, qui retorsionis medio usus est, convitium purgasse? d. l. 25. Quis * item negare auit: eundem vindictam de injuriante sumpsisse? Annon * enim injuriantis fama & existimatio per retorsionem, mendacii in-simulationem & criminis objectionem valdè gravatur: ita quidem, ut, nisi purget crimen retortum & mendacium, infamiâ notetur.
2. Certè * duplicem vindictam de injuriante sumeret injuriatus, si retorsione uteretur & injuriarum insuper actionem institueret.
3. Porro * noti quoque juris est, dissimulatione injuriarum actionem tolli & aboleri: §. fin. h. t. nimirum si quis injuriam dereliquerit, hoc statim passus est ad animum suum non revocaverit; l. non solum 11. §. 1. ff. eod. tit. Quid * n. igitur eadem & retorsione tolleretur & aboleretur? Sed * & is, qui sibi ipsi jus dixit in eoq; jus dicentis auctoritatem neglexit, indignus est, ut legis aut Magistratus auxilium & opem sentiat. l. auxilium 37. in fin. ff. d. minor. Ex quibus argumentis satis firmis sequitur, per retorsionem injuriarum actionem tolli & aboleri.

4. Non * obstat, quòd obijciunt contrariæ sententiæ patroni: quòd, quotiens duo competunt juris remedia & unum pinguius est al-

est altero, pingui⁹ per minùs pingue non tollatur. *l. qui servum* 34. ff. d. O. & A. Etenim * respondemus 1. verum esse hoc argumentum: nisi remedia illa ita comparata sint, ut uno electo ad alterũ regressus non detur. At * verò retorsionis remedium ita comparatum est, ut eo electo ad injuriarum actionem regressus amplius non detur: idque in pœnam, quòd injuriatus sibi ipsi jus dixerit. 2. Respondemus, * negando pinguius esse injuriarum actionis remedium retorsionis remedio: licet enim pecuniæ summam non consequatur injuriatus; tamen convitium purgavit & injuriantem gravavit. Si * lucrum spectetur, quod injuriatus instituendo civilem æstimatoriam injuriarum actionem consequi potuisset, utilius quidem videtur illud actionis injuriarum remedium; quoniam verò privatam vindictam pecuniario lucro prætulit injuriatus; lucrum illud consequi amplius non potest. Sic * ubi injuriatus criminalem injuriarum actionem instituisset, ad civilem actionem regressus ei amplius non datur; licet civilis æstimatoria utilior ei videatur.

Quæ * est communis Dd. & practica sententia: secundum quam Summum Judicium Wirtembergicum pronunciare solet. D. Bocer. in *l. unic. C. d. famos. libell. c. 3. n. 45. & seqq. & class. 3. disp. 4. th. 78.* Et * secundum eandem judicare Supremum Sabaudia: Senatum; testatur Anton. Fab. in *Codic. libr. 8. tit. 20. definit. 8.* Atque * Scabinos Lipsenses; refert Dn. Carpzov. in *jurisprud. forens. p. 4. constit. 46. definit. 10. p. 1481. D. Harpprecht. ad d. §. 12. n. 105. & seqq. Berlich. pract. conclus. 64. n. 38. & seqq. ubi Dissidentis Nebelkraë argumentis satisfacit. Johann. Cöppen libr. 2. observ. 83. n. 12. ubi * præjudicium refert. Locamer quest. juridic. Fascic. 43. q. 8.*

Controversia VII.

Famosus libellus propriè non est, si quis nomen in eo exprimat & subscribat.

Summaria.

Divisio injuriæ in realem & verbalem. n. 1.

Quæ sit realis. n. 2.

Quæ sit verbalis. n. 3.

Divisio injuriæ scriptæ in eam, quæ simpliciter talis est, & in libellum famosum. n. 4.

De scripta injuria, quæ sit. n. 5.

Quid fit famosus libellus. n. 5.

Status controversiæ. n. 7.

Autor opinionem suam probat. n. 8. usq; ad n. 29. inclusiv.

Obiectio ex l. 5. §. 9. ff. h. t. n. 30.

Solutio. n. 31. & 32.

Obiectio ex l. 15. §. 29. ff. h. t. n. 33.

Solutio. n. 34. & 35.

Obiectio ex Recessu Imperii Francofurt. d. Ann. 1577. n. 36.

Solutio. n. 37. 38. & 39.

Obiectio. n. 40.

Solutio. n. 41. & 42.

In libello diffamationis nomen subscribens mitius puniri debet. n. 43.

Quæ practica est sententia. n. 44.

1. **I**Njuriam * dividit Justinianus Imperator in §. 1. h. t. in realem &
2. **V**erbalem. Realis * ei dicitur, quotiens manus inferuntur, aut
facto aliquo injuria infertur. d. §. 1. & l. lex Cornelia §. eod. tit. Ver-
3. **B**alis * injuria nuncupatur, quando manus non inferuntur, sed aut
voce & dicto, aut scripto & literis contumelia imponitur. l. 1. §. 1.
d. l. lex Cornelia §. §. si quis librum l. si non convitii §. C. d. t. l. aut facta
16. pr. ff. d. pæn. Vid. Dn. Harpprecht. ad d. §. 1. n. 1. & mult. seqq.
sicut & n. 51. & seqq. ubi injuriam, quæ fit scriptis non realem, sed
verbalem esse probat.

4. **I**njuria * quæ fit scriptis vel est simpliciter talis & scripta in-
5. **J**uria dicitur: vel est famosus libellus. Scripta * injuria pertinere
quidem potest ad contumeliam alterius, sed tamen citrà infamiae
notam: veluti si quis in scripto *luscus*, *claudus*, vel *fatuus* &c. voce-
6. **R**ur. Libellus * famosus verò est: in quo alicui tale crimen ex dolo-
so animo & citrà nominis subscriptionem objicitur: ut, si verum sit
& probatum, diffamatus vel vitâ, vel famâ & honore privandus ve-
niret. Vid. Dn. Bocer. in l. unic. C. d. famos. libell. c. 1. n. 8. quam in-
juriam per libellum famosum illatam non realem, sed verbalé esse;
probat idem D. Bocer. d. c. 1. n. 29.

7. **V**erùm * ardua & practicabilis circà hanc materiam se offert
controversia, An ad substantiam famosi libelli subscriptio nomi-
nis ipsius diffamantis ut desit requiratur; an verò etiam sit famosus
8. **L**ibellus, licet adsit nominis subscriptio? Quæ * sanè perdifficilis
est controversia, & quoniam scimus, gravissimam esse libelli famo-
si pœnam & diffamantis vitam atq; honorem concernere; idcirco
quid statuendum hîc sit, exactius examinandum & ponderandum
erit.

erit. Nos * illam opinionem, quòd, ut libellus sit propriè famosus, omissio nominis diffamantis necessaria sit, Legibus & Constitutionibus Imperialibus consentaneam esse judicamus. Quæ * opinio manifestè probatur per textum *in artic. 110. Constit. Criminal. Carol. V. Imperat.* cujus verba formalia ita sonant: Welcher jemand durch Schmachbrieff zu Latein Liberfamos genandt/ die er außbreitet/ vnd sich nach ordnung der Recht mit seinem rechten Tausf vnd Zunamen nicht vnder schreibt/ vnrechtlicher vnschuldiger Weiß/ Laster vnd Vbel zumißt/ wo die mit Warheit erfunden würden/ daß der Geschmecht an seinem Leib/ Leben oder Ehren/ peinlich gestrafft werden möcht/ derselbige bößhafftig Lasterer soll nach erfindung solcher Vbelthat/ als die Recht sagen/ mit der peen/ in welche er den vnschuldigen Geschmächten/ durch sein böse vnwarhafftige Lasterschrift hat bringen wollen/ gestrafft werden. Vnd ob sich auch gleichwol die auffgelegte Schmach der zugemessenen That in der Warheit erfünde/ soll dannoch der Aufrüffer solcher Schmach/ nach vermögen der Recht vnd ermesung des Richters/ gestrafft werden. In * quo textu Carolus V. Imperator, ut locus sit Constitutioni & Talionis pœna imponi possit diffamanti, requisita famosi libelli recenset: 1. quando, ut jura volunt, diffamans nomen suum non subscribit diffamationis libello: 2. si innocenti crimen sive facinus affingit: & 3. si tale facinus ei affingit & objicit, ob quod, si verum fuerit & probatum, diffamatus vel vitâ, vel honore puniendus esset. Quæ * sanè tria requisita emphaticis verbis *in d. constit.* posita in tam ardua causa frustra posuisse Imperatorem, sub ullo prætextu dici poterit. Nam * facile Imperator vel addere illa verba, oder vnder schreibt/ vel omittere potuisset illa verba, mit seinem rechten Tausf, vnd Zunamen nicht vnder schreibt/ si dictam constitutionem suam etiam de casu, quo nomen subscripsit diffamans, intellectam voluisset. Sed * & tria illa requisita *in d. artic. 110.* juxtâ se posita æquiparantur invicem ab Imperatore. Sicut * igitur deficit constitutio & propriè libellus famosus non est, ubi vel diffamans nocenti objicit crimen, qui mitius punitur, Dn. Benedict. Carpzov. *in Jurisprudent. forens. p. 4. constit. 44. definit. 8.* vel * tale quid objicit, quod per se famosum non est, & ob quod diffamatus neque vitâ neque honore criminaliter puniri posset; ita etiam deficit dicta constitutio, quando in diffamationis libello diffamantis nomen subscriptum. Quæ * opinio

101.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

evidentibus insuper rationibus subnixa est: quòd sc. is, qui famosum libellum occultato & celato nomine spargit, innocentiam diffamati quasi fateri videatur; nisi enim diffideret causæ suæ, nomen suum subscripsisset. Et * tamen tantæ est perversitatis & malitiæ, ut famosum libellum spargere nihilominus audeat. Quod * non est in subscribente nomen suum: qui vel ad probationem criminis, vel nisi probet, ad pœnam quasi offerre se videtur. Mitius * igitur cū subscribente nomen suum, quàm cum occultante illud agendum erit. Inprimis * autem quòd in odiosis & criminalibus extensio nō tam facillè fieri debeat. 2. Pro * eadem opinione nostra pugnat d. l. *Lex Cornelia* §. 5. *si quis librum* §. ff. h. t. ubi describitur libellus famosus & hoc requiritur: ut vel alterius nomine, vel sine nomine editus sit, adeoq; suppresso nomine sparsus. Quod * si itaque famosus esset libellus, in quo nomen diffamantis subscriptum, illud in tam ardua quæstione omissum non fuisset. Idemq; * probat. l. *unic. C. d. famos. libell.* ubi opponuntur hæc invicem: per famosum libellum crimen persequi, & nomen suum profiteri oreque proprio crimen edicere. Quo * ipso satis innuitur: aliud esse nomen suum manifestare, crimini intentato adscribere totumq; accusationis ordinem palam implere; aliud verò esse vel occultato nomine, vel sub ficti nominis larva latitare & crimen clam spargere. Quæ * eadem nominis occultatio & in *Codic. Theodos. libr. 9. tit. 34. l. 1.* expressè requiritur, ibi: *scriptionis Autor requiratur.* Et * in l. 3. ibi: *Sic famosis libellis fides habenda non est, cum eosdem libellos flammis protinus conducat aboleri, quorum Autor nullus existit.* Quamvis * verò Codicis istius Constitutiones pro minùs authenticis haberi soleant; tamen validè ad causarum decisiones allegari queunt: quando Leges & Constitutiones eis non adversantur, quæ hîc minimè adversari, sed textibus hisce maximè correspondere deprehenduntur. 3. Cum * hisce juris fundamentis concordat quoque Electoralis Saxonica constitutio August. Elect. 44. p. 4. ubi hæc habentur verba: *Ordnen vñnd setzen auch darüber/ wann einer jemanden durch E chrifften diffamieren / vñnd seinen Namen nicht bekennen würdte / da er gleich solches kñndte außführen / daß derselbig gleichwohl auch willkürlich / entweder mit Stäupenschlägen / verweissung vñnd gefängnis / nach gelegenheit der Verbrechen / gestrafft werden soll.*

39.

Neque * obstat quod à Dissidentibus 1. objicitur textus in

a. L. 5.

d. l. 5. §. 9. quem malè hîc objicit Hunnius *p. 2. disput. 30. th. 5. lit. D. q. 40.* ubi nihil referre dicatur, An cum nomine, an sine nomine famosus libellus edatur. Etenim * textus iste manifestè loquitur de casu, quo famosus libellus tertii nomine, vel sine nomine editur; nostra * verò quæstio est de casu, quo nomine diffamantis editur, cujus *d. l. 5.* nullam planè mentionem facit.

Non * obstat etiam. *l. item apud Labeonem 15. §. si quis 29. ff. d. injur.* ubi ait Ulpianus: quòd, si quis libello dato vel Principi, vel alicui, famam alienam insectatus fuerit; injuriarum agendum sit. Respondemus * enim: quòd quidem injuriarum agi possit illo casu; non tamen libellum famosum esse scripturam illam, sed scriptam injuriam; proinde non tanquam ex famoso libello, sed injuriarum agendum erit; ad * quam actionem allegata constitutio *artic. 110.* non pertinet.

Sed * neque obstat Politica Ordinatio Francofurtensis *d. Ann. 1577. tit. 35. versic.* Und sezen/ *ibi:* noch auch keine Samosbücher/ oder Schrifften / es habe der Autor seinen Rahmen vndergesetzt oder nicht. Respondemus * : in dicta Ordinatione prohiberi tam famosos libellos, quàm scriptas injurias; non tamen ex constitutione ista evinci, famosos libellos & scriptas injurias pro iisdem habendas esse; ideoq; eâdem pœnâ coercendas. Et * quòd differant famosi libelli à scriptis injuriis; patet ex ipso opposito textu, *ibi:* Samosbücher oder Schrifften: ubi * opponuntur libelli famosi scriptis injuriis; pro iisdem igitur habendi non erunt.

Nec * quidquam etiam obstat illa ratio: graviùs videri puniendum esse illum, qui profitetur nomen suum quàm eum, qui occultat & celat nomen. Etenim * respondemus per inversionem: rem contrà se habere & graviùs puniendum esse illum, qui celat nomen, quàm qui profitetur: siquidem * inficientes & convicti aliàs severiùs puniri solent, quàm confitentes.

Ex * quibus hætenus deductis, contrariis rejectis & refutatis: elucescere credimus: famosum libellum propriè non esse, nec pœnam ejus in *d. constit. crimin. artic. 110.* expressam & constitutam locum habere, ubi diffamans nomen suum subscripsit; ideoq; diffamantem mitiùs, quàm eum qui nomen celavit & occultavit, puniendum esse. Nam * Constitutio criminalis, præsertim gravem pœnam reis præfiniens, tanquã odiosa extrà terminos suos produci & extendi non debet. *c. odia d. R. I. in 6.*

Quam

31.

32.

33.

34.

35.

36.

37.

38.

39.

40.

41.

42.

43.

44.

25.

Quam * opinionem nostram tanquam practicam defendunt Matth. Stephan. & Georg. Rem. *ad constit. crimin. Carol. V. d. artic. 110.* Jacob. Schultes *in addit. ad Coler. decis. 154. n. 15. part. 1.* Matth. Welsenbec. *consil. 22. n. 5.* Hartmann. Pistor. *observat. 187. n. 4.* Dn. Benedict. Carpzov. *in practic. crimin. part. 2. q. 98. n. 29. & mult. seqq. & in Iurisprudent. forens. part. 4. constit. 44. definit. 3. per tot. ubi præjudicium refert.* Dn. Sigismund. Finckelthaus. *observat. practic. 38. per tot.* qui similiter præjudicium adducit. Henric. Nebelkre. *decis. 16.* Johann. Dauth. *d. testament. n. 228. pag. 190. versic. 4. quæ ad verum autorem.*

Controversia VIII.

Ex famoso libello etiam injuriarum actione agi potest.

Summaria.

Actio libelli famosi & injuriarum actio concurrere possunt. n. 1.

Ex quibus actionibus diffamatus electionem habet, ita tamen ut unâ electâ, altera perimatur. n. 2. 3. & 4.

Si diffamatus ad palinodiam agere velit, non actionem ex famoso libello, sed injuriarum actionem instituere debet. n. 5. & 6.

1.

Cum * actione libelli famosi etiam privata injuriarum actio concurrere potest: ut idè liberum sit diffamato, utrâ velit ex-

2.

periri. Nam * interdum quis mavult honori suo & existimationi consulere, quàm severam istam & rigidam famosi libelli actionem instituere, & ad palinodiam adversus diffamantem agere: quòd fa-

3.

cere jure minimè impeditur. Quotiens * enim alicui diversa juris remedia competunt; tum ipsi liberum est, utro experiri velit, uno-
que electo alterum perimitur. *l. quod Senatusconsultum 6. sub fin. ff.*

4.

b. t. Quod * ipsum haud obscure probatur ex *l. lex Cornelia §. 9. eod.* Dan. Moller. *ad constit. Saxonie. p. 4. constit. 44. n. 7.* D. Carpzov. *ibid. definit. 5. p. 1472. & seqq.* D. Bocer. *in l. unic. C. d. famos. libell. c. 3.*

5.

Quin * si ad palinodiam agere desideret diffamatus, tùm injuriarum actionem intentare necesse habet: siquidem ex famoso libello ad palinodiam agi non potest: cùm * hoc de jure cautum non sit; erubescamus verò sine lege loqui & tale quid de novo inducere.

6.

Nov. 18. l. dissent. §. C. d. repud. Carpzov. d. constit. 44. definit. 6. pag. 1473.

Contro-

Controversia IX.

Famosorum libellorum compositoribus & divulgatoribus Talionis pœna præsinita est.

Summaria.

- Tenor *l. unic. C. d. famos. libell. n. 1. 2. & 3.*
 Durum videtur esse responsum istud *n. 4.*
 Interpretum variaz illius responsi interpretationes, remissive. *n. 5.*
 Quas Autor non acceptat. *n. 6. 7. 8. & 9.*
 Autor Glossæ interpretationem sequitur, & probat. *n. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. & 17.*
 Quæ Interpretatio à Carolo V. Imperat. hodie confirmata est. *n. 18.*
 Et hodie moribus ac consuetudine obtinet. *n. 19. 20. & 21.*
 Obiectio. *n. 22.*
 Solutio. *n. 23.*
 Quæ Carolina constitutio jure quoque Saxonico confirmata est: & in Saxonia practicatur. *n. 24. & 25.*
 Obiectio. *n. 26. & 27.*
 Solutio. *n. 28. 29. 30. 31. & 32.*
 Ampliatio. *n. 33.*
 Prima limitatio. *n. 34.*
 Secunda limitatio. *n. 35. & 36.*
 Tertia limitatio. *n. 37. & 38.*
 Quarta limitatio. *n. 39.*
 Hodie famosi libelli pœna pro circumstantiarum varietate & ratione plerumque mitigari solet. *n. 40.*

REscripserunt * Valentinianus & Valens Imperatores in *l. unic. C. d. famos. libell.* quod, si quis famosum libellum quocunque in loco ignarus repererit, aut corrumpere eum prius, quàm alius inveniat, aut nulli confiteri debeat inventum. Si * verò non corru- perit, vel igne consumpserit easdem chartulas, sed vim earum manifestaverit; is quasi auctor delicti hujusmodi Capitali sententiæ sit subjugandus. Quod * si nomen profiteatur & famosum libellum persequendum putaverit, atque fides veri opitulata fuerit adsertionibus ejus; is laudem maximam & præmium consecuturus; sin verò minimè hæc vera ostenderit, capitali pœnâ plectendus sit.

Quæ * sanè dura videtur esse libelli famosi pœna: si ob quamvis injuriam in libello famoso factam is, qui vel composuit libellum, vel manifestavit & divulgavit, statim ultimo supplicio affici deberet. Unde * Interpretes nostri, duritiem responsi istius mitigare & emollire satagentes, capitalem pœnam in *d. l. unic.* non de ultimo

Fffff

supplicio

- supplicio, sed de exilii, deportationis, relegationis & fustigationis pœna accipiendam esse voluerunt. Quidam verò econtrà capitalem pœnam de ultimo supplicio indistinctè rigidè satis intelligendam esse censuerunt: veluti hoc apud D. Bocer. in d. l. unic. c. 5. n. 6. & seqq. Berlich. practica. conclus. 67. n. 3. videre licet. Quorum * opinionibus applausum dare nostrum non possumus: tum
6. * quòd d. l. unic. simpliciter dicat de capitali pœna: tum * quòd
7. 8. verisimile non sit, tam acerbam pœnam cuivis famoso libello præficere voluisse Imperatores: siquidem * pœna delicto commensurari debet. arg. l. sancimus 22. C. d. pœn. Proinde * nos Glossæ. in d. l. unic. mediam eligenti & tenenti opinionem adstipulari planè non
9. dubitamus. Nimirum * ut, si in famoso libello tale facinus & crimen obijciatur diffamato, ob quod, si verum esset, is ultimo supplicio affici & puniri possit; eadem pœnâ & diffamans plecti debeat.
10. Si * verò ejusmodi affingatur crimen diffamato, ob quod non ultimo supplicio afficiendus sit, sed vel deportatione, vel fustigatione, vel relegatione, vel honoribus privandus, vel carceratione, aliâve
11. aliâ pœnâ puniendus; eadem pœnâ diffamans quoque plectendus sit. Quæ * æquissima & Justitiæ maximè consentanea videtur esse
12. sententia & interpretatio: quam suggerunt nobis d. l. unic. illa verba: sanè, si quis devotionis suæ ac publicæ salutis custodiam gerit &c.
13. Quibus * verbis innuitur: de publicis criminibus & delictis ibi
14. 15. agi: quæ ultimo supplicio puniri solent. Talionis * quoque pœna in ipso jure naturali fundata est: quod enim tibi fieri non vis, alteri ne feceris: & quod quisque juris in alium statuerit, eodem jure & ipse utatur. Quin * illa Talionis pœna in jure Divino fundata reperitur; Levit. c. 9. ut eadem pœna calumniantem manere debeat: sicut * & in l. ult. ff. d. calumniat. idem traditur.
16. Quæ * sententia nostra hodie per Constitutionem Caroli V. Imperatoris d. artic. 110. expressè approbata & confirmata est: &
17. 18. * moribus atque consuetudine in Imperio Romano obtinet; licet alii eam consuetudine abrogatam esse velint. Nam * consuetudo, cum facti sit, est probanda, in primis autem quando legis abrogativa est; quando verò legis est interpretativa, vel confirmativa, tunc
19. 20. probatione ejusmodi opus non habet. Quoniam * igitur expressam & manifestam habemus Constitutionem, eam semper obtinere & vigere, postquam in observantiam semel venit, tamdiu præsumitur
- 21.

sumitur, donec contraria consuetudo cum requisitis suis legitime doceatur.

Quamvis * enim pœnæ hujus mitigatio interdum fiat; tamen ea pro circumstantiarum varietate & ratione fieri solet: quæ * præjudicia jus in thesi constitutum non tollunt protinus, & abrogant; sed in hypothese deflectunt nonnihil ab eo, ut tamen illud saluum nihilominus maneat.

Quæ * Carolina Constitutio moribus & consuetudine firmata, etiam per Augusti Saxoniae Electoris constitutionem confirmata est. p. 4. *constit. 44. versic.* Unde ist solches in der Reichs Pölicen & seq. Eandemq; * in Saxonia praticari; testatur Berlich. d. *conclus. 67. n. 19. & seq.*

Neque * obstat opinioni nostræ: quodd etiam deportationis pœna capitalis dicatur; in l. 2. ff. d. public. judic. §. 2. *instit. eod. tit. l. licet 103. ff. d. V. S.* In * legum verò interpretatione molliendæ sint potius pœnæ, quàm asperandæ. l. *interpretatione 42. ff. d. pœn. & san. pœnæ 18. d. panit. distinct. 1.* quæ communis & recepta Dd. opinio esse dicitur. Etenim * respondemus: veram quidem esse communem istam Dd. sententiam; sed tamen limitari eam: si vel lex aliud velit & fanciat: vel * absurdus exinde sequeretur legis intellectus, si eam de capitali pœna disponentem non de ultimo supplicio, sed de deportatione, aliave leviori pœna acciperemus. Sed * verò d. l. unic. aliud innuit, ut antè attigimus: & absurdus hic exinde sequeretur intellectus: ut is, qui simplicem intulit injuriã, atrociori pœnâ coërceretur, quàm is, qui aliquem in libello famoso diffamavit: cum tamen crimen famosi libelli longè atrocius sit simplicis injuriæ delicto. Quodd * verò is, qui simplicem facit injuriam, gravius puniretur ex eo constat: quodd non solum exilii & deportationis; sed etiam fustigationis pœnâ puniri possit. l. *fin. ff. d. injur.* Et * sic dissentientium admittã sententiã mitior esset libelli famosi pœna simplicium injuriarum pœnâ, quod absonum & absurdum.

Quæ * opinio nostra ampliatur: ut procedat non solum in compositore libelli famosi, sed etiam ejus mandatore, inventore non corruptente, sed divulgante. d. l. unic. C. d. famos. libell. De quibus & aliis casibus Vid. plenius & distinctius differens Dn. Harpprecht. ad d. §. 1. h. t. n. 170. & mult. seqq. pag. 188. tom. 4. Berlich. d. *conclus.*

67. n. 22. & seqq. D. Bocer. in d. l. unic. c. 3. n. 18. & 20.

34.

Verum * limitatur eadem opinio nostra 1. in eo: qui invenit famosum libellum & alii legendum dedit; antequam verò absolvisset lectionem penitentiā ductus ē manibus legentis excussit. l. qui falsam 19. pr. ff. d. l. Cornel. d. fals. & arg. l. cum Silanianum 11. in fin. C. d. his quib. ut indign. Francisc. Burlat. consil. 94. n. 30. & seqq. D. Bocer. d. c. 3. n. 18.

35.

2. Limitatur * in eo: qui quidem composuit famosum libellum; veruntamen non manifestavit, sed confestim corrupit: qui

36.

* planè puniendus non venit. Menoch. d. arbitrar. judic. quest. libr. 2. cap. 263. num. 36. cent. 3. Dn. Harpprecht. ad d. §. 1. n. 2. D. Bocer. d. cap. 3. n. 22.

37.

3. Limitatur *: quando diffamans probaret delictum diffamato objectum: qui mitiùs puniendus veniret, nec in totum dimittendus; licet intersit Reipublicæ, crimen manifestari. Non *

38.

enim per clancularias suggestiones, vel extrajudiciales diffamationes proximū lādere; sed ad probationē criminis judicialiter offere se debuit. d. l. unic. C. d. famos. libell. Dn. Benedict. Carpzov. d. part. 4. constit. 44. definit. 8. D. Bocer. in d. l. unic. c. 5. n. 18. D. Harppr. ad d. §. 1. n. 167. Berlich. d. conclus. 67. n. 33.

39.

4. Limitatur * in eo: qui nomen suum in libello subscripsit, qui mitiùs puniendus venit: veluti de hoc in præcedenti controversia disseruimus. Addat. Dn. Benedict. Carpzov. d. constit. 44. definit. 3.

40.

Cæterum * pœnam famosi libelli plerunq; hodie mitigari solere, nimirum si circumstantiæ hoc suadeant; tradunt Jacob. Schultes. in addit. ad Matth. Coler. decis. part. 1. decis. 154. n. 14. Carpzov. d. constit. 44. definit. 2. Dn. Harpprechtus ad d. §. 1. h. t. n. 210. ubi testatur: Inclytum Colleg. Facultat. Jurid. Tübingens. ejusmodi diffamantibus, maximè ubi privatæ tantum personæ in famosis scriptis læsæ, nullam aliam, quàm graviolem pecuniariam aut carceris pœnam imposuisse.

41.

Quam * opinionem nostram tanquam communem & receptā defendunt Salycet. Cyn. & Angel. in d. l. unic. Jodoc. Damhoud. in pract. crimin. c. 125. n. 2. Dan. Moll. ad constit. Saxonie. d. c. 44. n. 5. Gomel. tom. 3. c. 6. tit. d. injur. Petr. Heig. p. 2. quest. 31. & 45. D. Bocer. in d. l. unic. c. 5. n. 12. & seqq. D. Harpprecht. ad d. §. 1

n. 160. p. 185. Bertazol. *consil.* 237. n. 18. *libr.* 1. & *consil.* 265. n. 1. *libr.* 2. Farinac. *in pract. crimin. part.* 3. *quest.* 105. n. 424. Cothman. *resp. Academiæ.* 50. n. 148.

Controversia X.

Actio injuriarum ex L. Cornelia descendens perpetua est.

Summaria.

Injuriarum actio anno finitur. n. 1. & 2.
Quod de anno utili intelligitur. n. 3. & 4.
Injuriarum actio solâ citatione perpetuatur. n. 5.
Tam scriptæ quàm verbales injuriæ anno præscribuntur. n. 6.
Status controversiæ formatur. n. 7.
Affirmativa ejus sententia probatur. n. 8. 9. & 10.
Objectio ex l. si non convitii §. C. h. t. n. 11.
Solutio. n. 12. & 13.
Opinio nostra est communior & practica. n. 14. 15. & 16.
Prima ejus ampliatio. n. 17. & 18.
Realis injuriarum actio propter injustam torturam perpetua est. n. 19. & 20.
Secunda ampliatio in actione libelli famosi. n. 21. 22. 23. & 24.

INjuriarum * actionem anno præscribi & finiri, rescriptum est in l. si non convitii §. C. h. t. Ratio * est: quod injuriarum actio sit Prætorialis, cujusmodi actiones anno expirant. §. 1. instit. d. perpet. & temporal. act. §. rursus 3. instit. d. act. l. ult. C. d. temp. in integr. restit. & simil. Quod * non de anno continuo, sed utili accipiendum est; qui * à tempore scientiæ currere incipit. Geil. 2. observat. 105. n. 1. & 4. ubi Grævæ. n. 10. Wurmser. tit. 47. observat. 1. n. 4. Hartman. tit. 49. observat. 2. Fachin. libr. 9. controvers. jur. c. 8. D. Carpzov. in jurisprudent. forens. p. 4. c. 46. definit. 2. Joh. Cöpp. libr. 2. observat. 86. n. 2. & seqq. Quam * præscriptionem etiam solâ citatione interrumpi; rectè statuit D. Carpzov. d. constit. 46. definit. 6.

Non * solum autem injuriæ verbales quæ ore tenus fiunt, sed etiam quæ scriptis inferuntur, (modò atroces non sint) anno præscribuntur & finiuntur. Carpzov. d. constit. definit. 1. D. Bocer. in d. l. unic. C. d. famos. libell. D. Harppr. ad §. 12. h. t. n. 18.

De * injuriarum actione, quæ à L. Cornelia introducta, & ob eam rem competit, quod se pulsatum quis verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat, maximè hîc controversitur; num

8. ut Prætoria injuriarum actio annalis, an verò perpetua sit. Nos * il-
 9. lorum sententiæ haud inviti adstipulamur, qui perpetuam eam esse
 affirmant. Et * hoc per per solidam hanc rationem: quòd omnes
 10. civiles actiones sint perpetuæ, nec nisi 30. annorum spacio præscri-
 bantur & extinguantur. *d. pr. instit. d. perpet. & temporal. act. l. 3.*
C. d. præscript. 30. vel. 40. annor. Atquin * hæc injuriarum actio
 civilis est: quippe quam non Prætor, sed lex civilis nimirum lex Cor-
 nelia introduxit. § *hæc autem actio* 12. *h. t.*
11. Nec * quidquam obstat *d. l. si non convitii §. C. h. t.* in quo tex-
 12. tu injuriarum datur actio, si non annus præterlapsus sit. Etenim *
d. l. 5. non de injuriarum actione reali, sed verbali manifestè loqui-
 13. tur, quæ anno finitur; propterea * quòd ob eam Prætoriam solum
 injuriarum datur actio, quæ anno extinguitur.
14. Quam * opinionem tanquam communioem sequuntur &
 defendunt Andr. Geil. 2. *observat.* 105. & ibi Grævæ. *considerat.* 1.
 15. Eandemq; * Cameram Imperialem in duobus magnis causis pro-
 nunciando secutam fuisse; testatur Mynfinger. *cent.* 1. *observat.* 84.
 16. & 5. *observat.* 7. Quam * tuentur quoque Johann. à Sand. *in decis.*
Frisic. libr. 5. tit. 8. definit. 3. ubi præjudicia refert. Gomes. *tom.* 3.
variar. resolut. tit. d. injur. n. 15. Duaren. *in comment. ad ff. h. t.*
c. 2. Jul. Clar. §. fin. tit. injuria q. 9. Farinac. *libr. 1. quest. crimin. tit.*
15. q. 10. Henric. Nebelkraë. *decis.* 8. Ludovic. Gilhaus. *d. injur. §. 11.*
n. 5. & seqq. D. Bocer. *class. 4. disput. 4. th.* 72. D. Harppr. *ad §. 12.*
h. t. n. 3. & seqq. Fachin. *libr. 9. controvers. jur. c. 7.* Carpzov. *in juris-*
prudent. forens. p. 4. c. 46. definit. 3. *n.* 15. & 16. Besold. *p. 2. delibet.*
jur. ex libr. 47. pandect. q. 15. Doctor Marta *in Digest. noviss. v. injuria*
c. 29. tom. 2. Wurms. *d. tit. 47. d. injur. observat.* 1. Dan. Moll. *ad constit.*
Saxonic. d. c. 46. Hieronym. Schurff. *cent. 1. consil.* 61. Hartmann.
 Pistor. *libr. 4 q. 20.* Berlich. *præct. conclus. p. 5. conclus.* 69. *n.* 30.
17. Quæ * opinio ampliatur, ut obtineat, licet de tribus illis
 casibus in §. 12. *h. t.* expressis & suprâ memoratis non sit injuriarum
 actio; sed ob alias reales injurias competat & valdè atrox fuerit:
 18. nam * atrox ejusmodi injuria realibus istis injuriis æquiparetur.
l. Prætor edixit. 7. §. posse 6. vers. sed & de atroci civiliter agi & c. l. con-
 19. *stitutionibus 34. ff. h. t.* Cujac. *in æ. ff. d. injur.* Unde * propter in-
 justam torturam (quæ pro atrocissimâ injuria habetur & utriusq;
 manus abscissione gravior dicitur in Novell. 134. *c. 14.*) injuriarum
 actio

actio etiam post annum effluxum institui potest. Andr. Rauchbar. p. 1. quest. 49. n. 9. & seqq. Quam * actionem 30. annos durare; juris rationi consentaneum est. Dn. Carpzov. d. constit. 46. def. 5.

2. Ampliatur * in actione libelli famosi, quæ propter atrocitatem reali injuriæ comparari solet; l. item Labeo 15. §. itaq; Prætor 44. ff. h. t. ideoq; perpetua est & post annum rectè instituitur. Et * facit quòd eam non Prætor, sed lex Civilis introduxit: cujusmodi actiones, ut notum est, perpetuò nimirum usque ad 30. annos durant. Quod * verum, siue ex famoso libello injuriarum actio siue publica accusatio instituatur: idq; * usu observari; tradit Geil. 2. observat. 104. n. 4. Doctor Marta in Digest. noviss. verb. injuria c. 6. tom. 2.

20.

21.

22.

23.

24.

Controversia XI.

Pater injuriam, filio illatam, eo invito remittere potest.

Summaria.

Injuriarum actio expressè & tacitè remitti potest. n. 1.

Quando tacitè remissa censeatur. n. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Remissâ injuriarum actione Fiscus poenam ex officio nihilominus exigere potest. n. 9.

Et nec L. Aquiliæ actio remissa intelligitur. n. 10. & 11.

Pater per liberos, quos in potestate habet, injuriam patitur. 12. & 13.

Et non solum injuriarum actionem instituere, sed etiam injuriam & injuriarum actionem remittere potest. n. 14.

Ampliatio n. 15. & 16.

Obiectio. n. 17.

Solutio. n. 18. & 19.

Obiectio. n. 20.

Solutio. n. 21. & 22.

Limitatio in actione injuriarum ex L. Cornelia competente. n. 23. 24. 25. & 26.

Secunda limitatio. n. 27.

Tertia limitatio. n. 28.

INjuriarum * actio remissione quoque tollitur, siue expressâ siue tacitâ, §. fin. h. t. l. sed si unus 17. §. planè si 12. l. non solum 11. §. 1. ff. d. t. l. si non decem 17. §. 1. ff. d. pact.

1.

Tacitè * autem remissa censetur injuria dissimulatione: veluti per risum, lusum, commestationem & computationem. Gloss. in d. §. fin. & in l. auxilium 37. ff. d. minor. Item per salutationem & manuum

2.

- manuum porrectionem. Bald. in l. filio ff. d. liber. & posthum. hered. instit. Si * sc. injuriatus cū injuriante motu proprio comederet & ei propinaret, vel dextram porrigeret; non * si ad convivium invitati & ad unam mensam positi honestatis causā hoc facerent. Schneidevvin. ad. d. §. fin. h. t. n. 2. Carpzov. p. 4. c. 46. definit. 8. Non * censetur injuria remissa, si ad animum semel revocata fuerit & libellus porrectus. Joh. Corser. Capell. Tholosan. q. 234. Masc. q. 943. p. 2. Doctor Marta in Digestis novissimis verb. injuria c. 50. Sicut * nec remissa esset injuria, si injuriatus Sacerdoti peccata sua confessus, inimicis suis condonaverit: quia rancorem animi solum remisisse censetur. Berlich. practic. conclus. p. 5. conclus. 70. n. 18. & seqq. Quod * in tantum verum est: licet injuriatus & injuriatus Sacra Cœnā & communione simul usi fuerint. Johann. à Sande in decis. Frisic. libr. 5. tit. 8. definit. 12. pag. 579. ubi * præjudiciū refert. De signis tacite remissæ injuriæ; vide quoq; Canonist. in c. ad id x. d. sponsal. Farinac. in prax. crimin. q. 105. n. 339. & seqq. p. 3.
9. Quamvis * etiam remissa sit injuria, sive expressè sive tacite; tamen remissio ista in Fiscī præjudiciū non tendit: qui ex officio nihilominus inquirere & pœnam exigere potest. Bartol. in l. 1. §. neq; x. d. injur. Carpzov. p. 4. constit. 46. definit. 9. Sicut * nec L. Aquiliæ actio remissa censetur: diversa * namq; sunt contumelia & damnum injuriā datum. l. 1. pr. l. Prator edixit 7. §. 1. l. item apud 15. §. 46. ff. h. t. l. sed & si §. 1. ff. ad L. Aquil. l. qui servum 34. pr. ff. d. O. & A. Bald. in l. si profure 7. pr. ff. d. condict. furt. Geil. libr. 1. d. arrest. c. 14. n. 7. Mynsing. cent. 1. obs. 24. & cent. 4. obs. 10. Bocer. class. 4. disput. 4. th. 77. & 84. lit. B. Harppr. ad d. §. 11. n. 71. & seqq.
12. Sanè * ut ad principalem controversiam nostram veniamus: patitur quis injuriam non solum per semet ipsum; sed etiam per liberos suos. §. patietur. 2. h. t. l. 1. §. item aut 7. l. pater 41. ff. eod. tit.
13. Modò * eos in potestate habeat: nam si emancipati sint liberi iisq; injuria fiat; ea ad existimationem patris spectare non censetur; proinde ipsi injuriarum actionem instituere possunt. l. sed si unius 17. §. sed si pater 14. ff. d. t. Quando * igitur liberi sunt adhuc in potestate patris; tum pater non solum injuriarum agere, sed etiam injuriam factam filio eo invito remittere potest. d. l. sed si unius 17. §. filio-familias 11. & seq. 12.
14. Quæ * sententia ampliatur ut nec filius, post remissionem injuriæ

injuriae à patre factam emancipatus, injuriarum actionem repetere & resuscitare possit: d. l. 17. §. *planè* 12. *semel* * namq; remissa injuria reoli amplius non potest, d. §. *fin h. t. l. non solum* 11. §. 1. ff. *ead. tit. l. auxilium* 37. in. pr. ff. *d. minor.* D. Harpprecht. ad d. §. 2. *h. t. num.* 18. & 19.

Verum * obijcitur huic sententiae nostrae d. l. 17. §. *sed si pater* 14. ff. *h. t.* ubi respondit Ulpianus JG. quod, si pater lite contestata abesse coeperit, vel etiam negligere executionem pater vilis, causam cognitam translatio filio competat: idemque dicendum sit, etsi emancipatus filius proponatur. Respondetur * ad hunc textum, id quod de filio emancipato subjicitur relativum esse ad precedentia, ut sensus sit: d. l. lite contestata, si pater abesse coeperit, translationem fieri injuriarum actionis, etsi emancipetur filiusfamilias; ideoque * perinde censeatur, ac si in patria potestate adhuc constitutus sit.

Obijcitur * etiam: quod de jure novo pater bona adventitia filii alienare l. 1. C. d. bon. matern. l. cum oportet C. d. bon. qua liber. & hereditatem filio delatam repudiare non possit: l. ult. C. d. bon. qua liber. nec etiam legatum, vel fideicommissum remittere. l. revertente 11. C. d. jur. deliber. l. ex repudiatione 26. C. d. fideicommiss. l. 2. C. d. repud. bon. possess. Respondetur *: oppositos textus de illis loqui actionibus, quae sunt in bonis nostris; injuriarum vero actio ante litis contestationem in bonis nostris non est: jure * igitur à patre remitti potuit; ut adeo pater de bonis filiifamilias nihil hinc alienasse censeatur.

Quae * opinio nostra notabiliter limitatur 1. in civili injuriarum actione, ex L. Cornelia competente, quam pater in praedictum filiifamilias remittere non potest. Ratio * limitationis est: quod civilis haec injuriarum actio non patri, sed filio competat; adeo * ut si agere velit filiusfam. nec patris consensus necessarius sit. l. lex Cornelia 5. §. illud 6. & 7. ff. *h. t.* Quod * verò filio competat haec actio, ratio esse videtur, quod verbera non patris, sed filii corpus senserit. Gloss. & Bartol. in d. §. 11. & seqq. & in l. persona ff. d. pact. Jason. in l. contra juris 28. §. si filius eod. Cravett. consil 45. n. 8. & consil. 661. n. 9. Sturt. ad l. 11. ff. d. R. I. Pinell. in d. l. 1. C. d. bon. matern. part. 3. Boët. decis. 120. Gomes t. 3. c. 6. n. 6. Vincent, d. Franch decis. Neapolitan. 715. Doctor Marta in Digest. noviss. verb. injuria c. 48.

Decian. in prax. crimin. libr. 3. c. 21. n. 23. Gilhauf d. injur. §. 11. n. 20. & seqq. Harpprecht. d. l. n. 17. Hunn. part. 2. disputat. 30. eb. 7. lit. C. quest. 48. p. 362. & seq.

27.

2. Limitatur * hæc opinio in publica accusatione, ex libello famoso proveniente: quam pater remittere non potest. l. quod Senat. ff. d. injur. D. Bocer. in l. unic. C. d. famos libell. c. 3. n. 34. & seqq. imprimis n. 39. versic. publicam tamen. pag. 69.

28.

3. Limitatur * in filio, cujus persona honestior & augustior est personâ patris: cujus injuriam remittere patrem, indecorum esset. D. Harppr. d. l. n. 17.

De OBLIGATIONIBUS, quæ quasi ex delicto nascuntur.

TITULUS V.

Controversia I.

*Cuilibet cauponare & hospites recipere
licitum est.*

Summaria.

De hospitalitatis jure. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Cuilibet cauponari licitum esse, probatur. n. 7. 8. 9. & 10.

Limitatio. n. 11.

Quæ limitatio practica est. n. 12.

Ius publicas Tabernas locandi interdum est actus, jurisdictionem probans.
n. 13.

1.

Frequentem * & necessariam fuisse mutuam hospitalitatem non solum apud Græcos & Romanos, Suevos & Teutones, sed etiam apud veteres Christianos; probat Dn. Georg. Ludovic. Lindenpür. ad Ordinat. Wirtemberg. ad tit. von Wirthen vund Gastgeben n. 1. & seqq. ubi nonnulla de isto hospitalitatis jure scitu

2.

haud injucunda retulit: & * quidem ex Michaël. Heberer. in Aegyptiac. servit. libr. 4. c. 23. quod hodie in Inclytis Daniæ & Sueciæ Regnis rariora sint publica hospitia, sed Ecclesiæ Ministri jus Hospitali-

spitalitatis exerceant. Et * Italorum ac inprimis Bretinorum, Guidonis à Prata aliarumq; familiarum egregiam liberalitatem commendat Excellentiss. Dn. Lans. in Orat. pro Ital. Quod * etiam Hospitatura olim amicitiae quoddam jus fuerit, comprobatur D. Speidel. in notabil. jurid. histor. polit. verb. Herberg n. 28. p. m. 483. Quod * hospitalitatis jus tamen sordida avaritia hodie nonnullis in locis in peregrinorum quasi spoliationem convertit. Unde * huic Cauponum avaritiae in Ordinat. Polit. August. d. Ann. 1548. & in Ordinat. Wirtemberg. d. t. fol. 70. & seqq. obviam itum est, ubi constitutum: Daß die Ampleut sampt den Berichten jährlich etlichmahl ein gepührende Ordnung machen sollen/wie es mit den Wirthen/Gästen/Wahl/und Futter gehalten werden soll.

Quilibet * autem jus hoc hospitii sive Cauponæ, ut hodie vocari solet, exercere potest. Nam * nullibi hoc de jure prohibitum esse reperitur. Quod * igitur expresse prohibitum non est; illud * de Naturali & Gentium jure concessum intelligitur. Et * dona ingenii, fortunæ, & bonorum communium omnibus patere; probatur argumento l. 1. §. quod si quis in mari 18. ff. d. nov. oper. nunciat.

Quæ * opinio tamen limitatur: si alius quispiam publicum hospitium ex privilegio, vel consuetudine obtineat: ita, ut solus jus hoc hospitandi habere debeat: quo casu alium jus hoc exercere prohibere posset. l. venditor 13. ff. commun. prad. l. prescriptio 45. sub fin. prin. ff. d. usucap. l. si quisquam 7. ff. d. divers. & tempor. prescript. Bald. in d. l. 1. & consil. 463. n. 5. versic. sed si tu haberes ex privilegio vol. 4. Jason. in l. quod minus ff. d. flumin. n. 84. sub fin. Schneidevvin. in §. flumina instit. d. R. D. & c. num. 14. Harpprecht. ad d. §. 3. n. 1. Atquæ * ita Scabios Lipsenses judicasse; testatur Matth. Berlichius decis. 5.

Unde * tradit D. Besoldus in thesaur. pract. verb. Gäst. re. Die Publicas Tabernas zu verleihen/ stehe gemeinglich den Vogtshern zufürnembllich/ weil etwas davon gefäldt/ als Umbgelt und dergleichen. Es werdt auch die verleihung der Tavern pro actu jurisdictionem probante gehalten.

* *

Ggggg 2

Contro-

Controversia II.

**Caupo signa ostentans (welcher ein offnen Schild
außhencet) hospites invitus recipere
tenetur.**

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. & 3.

Limitatio. n. 4. & 5.

QUAE * opinio probatur per textum in l. unic. §. ult. ff. furt. ad-
vers. naut. caupon. stabular. ubi respondit Ulpianus IC. viato-
rem sibi eligere cauponem, vel stabularium non videri: nec iter a-
gentes repellere posse. Et * facit argumentum, ductum à commo-
dato in l. in commodato 17. §. sicut autem 3. ff. commodat. ubi Paulus ait:
quodd sicut voluntatis & officii magis quàm necessitatis sit, commo-
dare; ita modum commodati finemq; præscribere ejus sit, qui be-
neficiū tribuit. Cū autem id fecit, tunc finem præscribere &
retrò agere atque intempestivè usum commodatæ rei auferre non
& accipiendum. Eadem * etiam ratione sicut ab initio est volun-
tatis cauponam exercere & signa ostentare; ita postea dū adhuc
ostentat signa caupo, sit necessitatis: ut hospites recipere cogatur.

Sed * limitatur opinio nostra in casu, quo propter affluen-
tiam hospitum plures recipere hospites non posset caupo. Exemplo
* Tabellionum sive Notariorum; qui licet requisiti, ut conficiant
instrumenta, cogi possint; l. placuit 4. C. d. fundor. collat. patrimon.
Henric. Cnaustius in libr. element. art. Notariat. q. 3. & 7. tamen
propter multitudinem contractuum excusare se possunt. Novell.
44. c. 1. §. & non fingant. & c. Bartol. in l. 1. §. 1. ff. naut. caupon. sta-
bular. & in d. l. unic. §. servi 5. ff. furt. advers. naut. caupon. stabul. Schnei-
devvin. in §. exercitor 3. h. t. n. 7. Jacob. d. Belvis. in practic. crimin.
tit. d. injur. vers. si falsarium n. 31. Everhard Speckhan. cent. 1 q. 23.
n. 3. Harpprecht. ad d. §. 3. h. t. n. 9. & seq. Bocer. class. 4. disput. 17.
th. 47. Lindenpür. add. Ordinat. tit. n. 11. Petr. Gregor. Tholosan.
libr. 4. d. Reipublic. c. 4. n. 21. Stam. d. servit. person. libr. 2. c. 14. n. 2. Joh.
Göppen. libr. 2. observat. 87. n. 7.

Contro:

Controversia III.

Caupo ad rei, in diversorium ab hospite illata & culpa illius ibi amissa, restitutionem tenetur.

Summaria.

Caupones, stabularii & nautæ, quando res hospitis sive expressè sive tacitè custodiæ eorum commissæ, præter locati & depositi actionem etiam actione in factum ex recepto tenentur. n. 1. & 2.

Quæ actio interdum est in simplum, interdum verò in duplum. n. 3. & 4.

Ad quid teneantur caupo, stabularius & nauta. n. 5. & 6.

Utilius faciunt hospes & viator, si non actionem locati & depositi, sed actionem hanc Prætoriæ ex recepto adversus personas illas instituant. n. 7. 8. 9. & 10.

Opinionis nostræ prima ampliatio. n. 11. 12. & 13.

Secunda ampliatio. n. 14. 15. 16. & 17.

Ejusdem opinionis prima limitatio. n. 18.

Secunda limitatio. n. 19. 20. & 21.

Tertia limitatio. n. 22. & 23.

Quarta & ultima limitatio. n. 24. 25. & 26.

Quamvis * Caupones, stabularii & nautæ, si quid à viatoribus & hospitibus scientibus illis in diversorium, stabulum & navem immissum est, sive expressè sive tacitè (siquidem ubi quis officii ratione tenetur, solà patientia pro tacito locato & deposito habetur) custodiæ illorum commissum, ex locato & deposito teneantur; *argument. text. in l. 1. §. si jusserim ff. d. acquir. possess. l. si ego 9. versic. quid enim ff. d. jur. dot. l. & ita 3. §. 1. ff. naut. caupon. stabul. & c. Nicol. Mozz. in tract. d. contract. d. deposit. n. 9. & 10. Treutler. p. 1. disput. 26. th. 5. lit. A. ibiq. Bachov. & Hunn. tamen * Prætor quoque huic rei prospexit, & Edicto suo actionem in factum de recepto introduxit, quâ antè dictæ personæ conveniri possint. t. t. ff. naut. caupon. stabular. & c.*

Quæ * actio quidem est in simplum, cum rei sit persecutoria; *d. l. 3. §. pen. sed * tamen si furtum factum, vel damnum injuriâ datum, sive à caupone, nauta, stabulario ipso, sive ab eis quorum operâ utuntur, in duplum adversus eos competit actio. l. licet gratis 6. & seq. 7. ff. d. t. & l. unic. C. furt. ad naut. caupon. stabular.*

Si * quid igitur de rebus in hospitium, stabulum & navem immisissis culpâ vel negligentia cauponum, stabulariorum, nautarum & eorum, quorum operâ utuntur, vel casu, qui præcaveri potuit,

6. veluti incendio & furto, peremptum, vel amissum fuerit; personæ illæ ad restitutionem rei ex quasi delicto tenentur. Quod * iniquū alicui videri non debet: cum & fullo ac sarcinator custodiæ nomine ex locato teneantur; quamvis non pro custodia, sed pro artificio & opera mercedem accipiant. *l. nauta §. pr. ff. d. t.*

7. Unde * cautiùs & utiliùs agit hospes vel viator, cuius res amissæ & deperditæ; si non actionem locati vel depositi, sed actionem hanc Prætoriam in factum adversus cauponem, vel nautam instituat. Nam * in contractu locationis conductionis levis culpa, in contractu depositi dolus solum & lata culpa præstanda est; *l. si ut certo §. §. videndum est 2. ff. commodat. & l. contractus 23. ff. d. R. I.* hinc * vero ex recepto de levissima culpa tenetur caupo & nauta. *l. 3. §. Prætor ait ff. naut. caupon. & c.* Et * deinde ex recepto tenentur etiam personæ istæ, etiamsi non propriâ culpâ vel negligentia, sed illorum, quorum operâ utuntur, res deperditæ & amissæ fuerint. *d. l. 3. §. 1. naut. caupon. stabul. & c.* Matth Wesenb. in *æ. ff. d. t.* Dn. Benedict. Carpzov. in *Iurisprud. forens. part. 2. constit. 26. definit. 10.*

11. Quæ * sententia ampliatur, i. ut nauta etiam de furto rerum in navem nondum receptarum, sed in littore pereuntium teneatur. 12. Nam * sibi imputare debet nauta, quod custodiam rerum illarum in se receperit, nec tamen in navem ferri curaverit. *arg. l. quod quis 203. ff. d. R. I.* Et * periculum illarum rerum, quas semel recepit, ad Rectorem pertinere responsum est in *d. l. & ita de facto 3. pr. ff. naut. caupon. stabul. & c.* Dn. Harpprecht. ad *§. 3. h. t. n. 18. & seqq.*

14. 2. Ampliatur * in casu, quo hospes cauponi, stabulario & nautæ Bulgam sive cistam suam clausam sive obsignatam tradidit, quam illi hospiti apertam vel resignatam restituere & res quædam ex ea amissæ fuerint. Quo * sanè casu, si dubium sit, quæ res fuerint in Bulga sive cista ista, hospitem ad iuramentum in litem admittere; Dd. communiter statuunt: nam * eo ipso, quod Bulga sive cista aperta & resignata restituitur, dolus cauponis, stabularii vel nautæ præsumitur. *l. 1. §. in depositi 26. junct. §. si cista 41. ff. deposit. Bald. in rubric. C. deposit. pr. Jason. in l. in actionibus §. n. 41. ff. d. in lit. jur. Angel. in §. 3. h. t. n. 4. & Schneidevvin. ibidem n. 5. Clar. in §. furtum versic. pro complemento. ubi * opinionem hanc magis communem dicit. Eman. Soarez. in thesaur. commun. opinion. verbo hospes*

n. 128. *ibid* Hippolyt. Bonacoss. *in verb. hospes*. Hieronym. d. Cævall. q. 685. Anton. d. Peguera *decis. crimin.* 45. n. 3. Gasp. Anton. Tellaure. *quæst. forens. libr. 2. q. 55.* Joseph. Mascard. d. *probat. conclus.* 508. Jacob. Menoch. d. *arbitrar. judic. quæst. libr. 2. cent. 3. cas. 208. n. 26. & seqq.* Dn. Harppr. *ad d. §. 3. n. 14.* Dn. Lindensp. *ad Ordinat. Wirtemb. tit. von Wirthen vnd Gastgeben n. 12.* Dn. Herman. Stam. d. *servit. personal. libr. 2. c. 14.* Johan. Cöppen. *lib. 2. observat. 87. n. 8.*

Limitatur * verò opinio nostra 1. si caupo prædixerit, ut unusquisq; hospitem res suas servet: quo ipso à periculo liberare se potest. *l. ult. in pr. ff. naut. caupon. &c.* Dn. Carpzov. *in Iurisprudent. forens. p. 2. constit. 26. definit. 10. n. fin.*

2. Limitatur * quando hospes res suas Mediaestino inscio caupone custodiendas tradidisset. Etenim * hospes hoc ipso à jure suo, ex Prætoris Edicto sibi competente, expressè recessisset, familiæ vel mediaestani custodiam eligendo: quem * idè solum non cauponem convenire debet. *d. l. 3. §. 3. ff. d. t. Carpzov. d. constit. 26. definit. 11. per tot.*

3. Limitatur * in casu, quo culpâ viatorum & hospitem res deperditæ & amissæ essent: nam * caupo horum conditionem probabiliter ignorare potuit. *l. 5. §. in fact. 2. ff. d. t. Wessenbec. in w. ibidem n. 9 circ. fin.*

4. Et * ultimò limitatur indubitato in casu fortuito, quem caupo præstare non tenetur. *d. l. 3. §. Prætor ait 1. d. t.* Unde * si equus noctu effractis foribus è stabulo subtractus & surreptus fuerit, caupo non tenetur: siquidem * furtum cū parietum & januarum effractura commissū à Dd. inter casus fortuitos referri solet. Vix * enim casus ille prævideri potest, sicq; fortuitus meritò dicendus est. *arg. l. 2. §. si eo tempore ff. d. administ. rer. civit. l. quæ fortuitis 6. C. d. pign. act.* Johan. Grivell. *in decis. Dolan. 49 per tot. pag. m. 150.*

De ACTIONIBUS.

TITULUS VI.

Contro-

Controversia I.

*Definitio actionis, à Justiniano Imperatore in
pr. h. t. tradita, realibus quoque actionibus
convenit.*

Summaria.

Actiones in rem propriè sunt actiones, remissivè. n. 1.

Fundamenta opinionis nostræ. n. 2. 3. 4. 5. & 6.

Obiectio. n. 7.

Solutio. n. 8. 9. & 10.

1. **A**ctiones * in rem propriè actiones esse, rectè docuit Bachovius
2. *in eleganti tract. suo d. act. disput. 1. th. 46.* Non * minùs be-
nè etiam statuit *ibidem* Bachovius: sub definitione actionis, à Justi-
niano Imperatore in *pr. h. t.* (ubi definit eam: *quòd sit jus persequen-
di in judicio, quod sibi debetur*) tradita, in rem quoque actiones con-
tineri. Nam * ait Ulpianus J.C. in *l. pec. 178 §. 3. ff. d. V. S.* quòd ver-
bum *Debit* omnem omninò actionem comprehendat: licet * ne-
gari non possit, latius aliquantum sic usurpari. Ridiculum * etiam
foret: si Justinianus specialem actionum personalium definitionem
præmisisset, & deinde eas in reales & personales divisisset. Ut * ad eò
de mente Justiniani, reales etiam actiones in *d. pr.* definire volentis,
dubitari non debeat.
7. Neque * obstat: quòd in realibus actionibus dominium non
debeat: *l. scribit 34. ff. d. aur. argent. legat.* & * verbum *Deberi* a-
ctiones in personam complectatur. Nam * vera hæc sunt, si stri-
ctim verbum *Deberi* usurpetur, non si latius ut hîc usurpatur. Et
* licet etiam in actionibus realibus dominium non deberi videatur,
tamen possessio deberi videtur. *l. indebiti soluti 15. §. 1. ff. d. condict.
indebit.* Anton. Matth. *ad d. pr. h. t.* Forster. *p. 2. disput. 1. th. 1. lit. Q.*
Dn. Rümliu, *Exercit. 19. th. 1. lit. F.*

Controversia II.

*Populares etiam actiones sub actionis definitio-
ne comprehenduntur.*

Summa-

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. & 3.

Definitio actionis popularibus actionibus competit, ubi non actori, sed Fisco vindicatur poena. n. 4.

Objectionis solutio. n. 5. 6. & 7.

IN * popularibus actionibus poena regulariter actori, non Fisco cedit. Bachov. d. act. disput. 1. th. ult. pag. 26. Vnde * post litis contestationem is, qui instituit popularem actionem, creditoris loco esse dicitur in l. ut si 12. pr. ff. d. V. S. Quare * ergo definitio actionis & illa praesertim verba, quod sibi debetur, popularibus actionibus non competere? Rationem certe videmus nullam.

Quinimò * eo etiam casu, quo Fisco vindicatur poena, definitio actionis iis competet: licet * enim nihil debeatur actori, tamen Fisco debetur, quod haecenus perinde est. Et * quamvis hoc casu nihil lucri consequatur actor, nisi quod praeco aliquid forte accipiat; tamen post litis contestationem omnibus aliis in agendo praefertur & jus exigendi solus habet, quomodo * nihilominus creditoris loco esse videri posset. Addat. Donell. & Eguinar. Baro in d. pr. h. t. Gædd. in d. l. 12. pr. n. 15. & seqq. ff. d. V. S. Bach. d. l. Dn. Rümlin. d. Exercit. 19. th. 1. lit. F. Hunn. variar. resolut. libr. 3. part. 2. quest. 4.

Controversia III.

Actiones juris sunt Civilis.

Summaria.

Ratione originis rudisque materiae actiones sunt juris Gentium. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Ratione formae verò juris civilis sunt. n. 7.

Objectionis solutio. n. 8.

Actiones, iuri Gentium incognitae & à solo jure civili introductae, tam quò ad originem quàm quò ad formam juris sunt civilis. n. 9. & 10.

Actiones * ratione originis rudisq; materiae juri Gentium adscribendae sunt. Sicut * enim ex jure Gentium omnes penè contractus introducti dicuntur, in l. ex hoc jure 5. ff. d. instit. & jur. §. 2. versic. & ex hoc jure instit. d. jur. natur. Gent. & Civil. l. 1. §. ult. ff. d. contrah. empt. & l. 1. ff. locat. & sic consequenter obligationes ex iis emanantes ejusdem juris sunt; ita etiam actiones, ex obligationibus generatae & ortae, originis rudisq; materiae intuitu juris Gen-

H h h h h

tium

- tium rectè dicuntur *l. licet 42. §. ea obligatio 2. ff. d. procurat.* Quæ
 3. * enim vis & virtus contractuum eorumq; obligationum de jure
 Gentium esset; nisi etiam secundum idem jus efficax daretur obli-
 4. gatio & actio? Idem * de delictis & quasi eorumq; obligationibus
 5. & actionibus dicendum est. Et * facit pro eadem opinione: quod
 Marcianus J.C. *in l. rerum 29. in fin. ff. rer. amor. jure Gentium con-*
dicti ait. Atque * pro eadem concludit sententia *l. si mandavero*
22. §. is cujus bona 5. ff. mandat. ubi respondit Paulus J.C. quod is, cujus
 bona publicata sunt, mandare alicui possit, ut emat: & si e merit,
 6. utilis sit mandati actio, si fidem non præstet. At * verò deportati
 ea retinent quæ sunt juris Gentium; non item quæ juris civilis sunt.
l. sunt quidam 17. §. 1. ff. d. pæn.

7. Verum * prout actiones hodie à jure civili sunt informatæ,
 8. certasq; formas habent, juris civilis rectè dicuntur: quomodo *
 nobis non obstat *l. in commodato 17. §. sicut 3. ff. commodat. l. 3. §. 1.*
ff. naut. caupon. & c. l. 1. §. 1. ff. d. superficieb. l. 2. §. deinde ex his 6.
ff. d. O. I. §. sed ista quidem 3. h. t. & §. 1. instit. d. perpet. & temporal.
except. Ufill. in procem. h. t. n. 38. Zaf. ad pr. h. t. n. 3. Iohan. Fab. ibid.
num. 8. & Vultej. n. 102. Vacon. à Vacun. libr. 1. declarat. 25. n. 3. &
declarat. 26. n. 2. Connan. in comment. jur. civil. c. 5. n. 6 & cap. 6.
in fin. Treutler. p. 1. disputat. 1. th. 4. lit. D in fin. ibiq; Bachov. & in
tract. d. act. disput. 1. th. 12. Harppr. ad pr. h. t. n. 17. & seqq.

9. Cæterum * illas actiones, quæ juri Gentium incognitæ & à
 solo jure civili introductæ sunt, tam quò ad originem, quàm quò ad
 formam juris civilis rectiùs quis dixerit: *l. jus autem civile 7. pr. ff. d.*
 10. *justit. & jur. veluti * sunt stipulatio & literarum obligatio. Dn.*
Rümlin. Exercitat. 19. th. 4. lit. A.

Controversia I V.

Vno casu is, qui possidet, actoris partes obtinet.

Summaria.

Sensus: §. aquè 2. h. t. n. 1.

Circa interpretationem d. §. 2. versic. *sanè uno casu & c.* Interpretes variant.
 n. 2. 3. & 4.

Donelli, Harpprechti & Hunnii interpretatio. n. 5.

Cujacii interpretatio. n. 6.

Hotomanni explicatio. n. 7.

Quorum omnium interpretationes rejiciuntur. n. 8. 9. 10. 11. 12. 13. & 14.

Autoris conjectura & interpretatio. n. 15. 16. 17. 18. 19. & 20.

Bache-

Bachovii objectio. n. 21.

Solutio. n. 22. & 23.

Autoris interpretationem Petrus, Ioh. Faber & Anton. Vissius comprobant. n. 24.

Postquam * Justinianus Imperator in §. *equè 2. h. t. de servitutum* actione confessoria & negatoria egit, & dixit de usufructu deq; servitutum prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum proditas esse actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi, aquamve ducendi, item altius tollendi prospiciendive, quas actiones in rem quoque esse, sed negativas: & quod genus actionis in controversiis rerum corporalium non proditum; (cùm in his agat, qui non possidet, ei verò qui possidet, non sit actio prodita, per quam neget rem actoris esse) subjicit Imperator hujus exceptionem: quòd sc. uno casu in rebus corporalibus qui possidet, nihilominus is actoris partes obtineat: sicut in latioribus Digestorum libris opportuniùs appariturum sit. Unde * Interpretes nostri curiosè & anxie inquirunt in casum istum, qui nam sic iste: cùm Justinianus Imperator ne verbo quidem neque in d. §. 2. neque etiam in Digestis, quò se refert, ejus mentionem faciat. Et * sane tot sunt casus istius investigandi Dd. opiniones & rationes, quot eorum capita. Longum certè foret, omnes eorum opiniones hinc referre & examinare, quod præter alios faciunt Donellus in d. §. *equè 2. n. 23. & seqq.* Bachov. in d. §. 2. n. 4. & Hunn. in *resolut. in Treutl. p. 1. disput. 17. th. 13. q. 34.* Nos * pro instituti nostri ratione præcipuas hinc referemus & brevibus videbimus, ac deinde nostram conjecturam circa hanc difficultatem subjiciemus.

Et * primò quidem sunt ex Dd. qui, ut difficultatem d. *versic.* evitent & uno quasi ictu tollant, castigant & emendant eum, ita legentes: *sane non uno casu &c.* ut d. *versic.* sensus sit: plures in rebus corporalibus dari casus, in quibus is, qui possidet, actoris partes obtineat: veluti in duplicibus judiciis & in exceptionibus probandis, ubi reus actoris vices sustineat: sicut enim actor intentionem suam, ita etiam reus exceptionem probare teneatur. l. 1. ff. d. *except.* & l. 19. pr. ff. d. *probat.* Donell. in d. §. *equè 2. n. 23. & seqq.* Harpprecht. *ibidem* n. 18. Hunn. d. l. & alii. Quidam * verò d. *versic.* ita emendare malunt, ut legant: *sane illo casu:* quibus verbis casus, quo rerum incorporalium nomine negatoria conceditur, denotetur. Hoto-

7. mann. in d. §. 2. Alii * d. versic. sic legunt: *sanè in hoc casu*: quibus verbis controversiæ servitutum significantur. Cujac. & Egninar. Baro in d. §. 2.
8. Verùm * ista textuum castigatio & emendatio modus solven-
9. di nodos, juris non est: ut non semel hætenus inculcavimus. Quæ
10. * idè etiam non admittenda, quòd nullum Exemplar reperire lice-
11. at: in quo lectio ejusmodi contineatur: adè ut Antonius Vissus
12. in d. §. 2. n. 55. p. m. 60. testetur: se innumerabilia exemplaria per-
13. legisse, tam Latina quàm Græca, in quibus omnibus negativa di-
14. ctio semper defuerit. Et * quod Græcus textus habeat *ἐν ἐοί μιν*
15. *ἡμῶν*, constat ex Theophili editione Græca in d. §. 2. Quam * le-
16. ctionem & respuit: quòd versiculus iste contextu totius §. attento
17. absq; ullo dubio ut exceptio subjiciatur; ridiculum * verò esset sub
18. exceptione plures casus contineri, quàm sub regula continentur: si-
19. quidem longè latiùs patere debent regulæ exempla, quàm exceptio-
20. nis. Ut * adè dubitandum non sit, in d. versic. casum singularem
21. proponi & excipi. Quod * attinet ad Cujacii & Hotomannie-
22. mendationem & lectionem: eà admissâ ineptè & jejunè repeteret Justinianus id, quod statim in præcedentibus dixerat, quod de eo minimè præsumendum est.
- Ille * nobis videtur casus magis specialis & singularis, qui proponitur in l. circa 14. ff. d. probat. ubi reus, qui in possessione est onus prohandi ultrò in se suscipit, adversario actionem non com-
16. petere. Quod * interdum inconsultum non est: si sc. reus parat & in promptu probationes habeat, quibus docere possit, actori nullam prorsus actionem competere. Cùm * igitur casus hic ma-
17. gis sit singularis & specialis, qui rarò contingit; ideoque d. versic. præ omnibus aliis à Dd. adductis optimè applicari potest. Nam *
18. illi casus, quibus reus ut actor exceptionem probare tenetur, non sunt singulares, sed regulares; idcirco tanquam exceptiones intel-
19. ligi non poterunt: siquidem * Imperator in d. versic. de casu aliquo
20. singulari loquitur. Quem casum nos tam diu retinebimus, donec alius in hac difficultate magis specialem & dicto versiculo convenientem magis attulerit.
21. Neque * obstat nobis, quod objicit Bachovius: in d. §. 2. n. 4. rem sic redire ad eum casum, quòd reus exceptiones suas probat,
22. quem antè rējecimus. Etenim * nostro in casu reus ex professio
- actoris

actoris partes suscipere censetur; illo verò casu exceptiones suas incidenter saltem probat: ut * ideò hic noster casus magis specialis & singularis sit.

Quam * opinionem nostram defendunt Petrus, Johan, Faber & Vfillus in d. §. equè 2. n. 55.

Controversia V.

Actio Publiciana ei, qui rem à furioso, ignorans eum furere, emit, datur.

Summaria.

Cui detur Publiciana in rem actio. n. 1.

Quæ actio à Publicio Prætor Romano introducta est. n. 2.

Status controversiæ. n. 3.

Vlpiani IC. responsum in l. 7. §. 2. ff. d. publician. in rem act. pro controversiæ hujus affirmativa sententia. n. 4.

Pauli IC. contrarium responsum in l. 2. §. 16. ff. pro empt. n. 5.

Nicolaus d. Passeribus lectorem cogitandum hæc dimittit. n. 6.

Autoris conciliatio. n. 7. 8. & 9.

Quam alii quoque Interpretes comprobant. n. 10.

Quando * quis rem à non domino, quem putat esse dominum, bonâ fide & ex justa causa accepit, ante impletam verò usucapionem casu eam amisit; tum ei non quidem rei vindicatio dari potest; (quippe quæ verum dominium præsupponit) sed Publiciana in rem datur actio: quæ * à Publicio Prætor Romano primùm introducta est. §. namq; si cui 4. h. t. l. 1. ff. d. publician. in rem act.

Ubi * controvertitur: quòd, si quis rem à furioso, ignorans eum furere emerit, an illi accommodari possit hæc actio? In qua sanè controversia inter se dissentire videntur Jcc. Nam * Ulpianus in l. sed etsi 7. §. Marcellus 2. ff. d. publician. in rem act. Publicianam hoc in nostro casu expresse concedit, cujus responsi verba ita habent: Eum, qui à furioso, ignorans eum furere, emit, posse usucapere; Ergò & Publicianam habebit. Contrarium * verò responsum dare videtur Paulus in l. pro emptore 2. §. si à furioso 16. ff. pro empt. cujus verba ita sonant: si à furioso, quem putem sanæ mentis, emero, constitutum est, capere utilitatis causâ me posse, quamvis nulla esset emptio, & ideò nec de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis. Quæ * duo responsa è diametro sibi contraria videntur: ita, ut pro eorum conciliatione nihil concludat Nicolaus d. Passer.

7. à Genoa; in conciliat. leg. contrar. p. m. 159. & seq. sed relatis quorundam Interpretum conciliandi modis lectorem more solito cogitandum dimittat. Nos * aliorum conciliationibus missis Vlpianum cum Paulo hanc adhibitâ distinctione in concordiam reduci posse censemus, ut distinguendum sit: An Publiciana adversus ipsum furiosum, an verò adversus extraneum intentetur. De * priori casu agit Paulus; in d. l. 2. §. 16. de * posteriori verò Vlpianus in d. l. 7. §. 2. Quam * conciliationem amplectuntur & comprobant Hugo Donell. libr. 20. commentar. jur. civil. c. 8. ibique Hillig. in not. lit. Q. Harpprecht. ad d. §. 4. h. t. n. 5. & seqq. just. Reisenbergius disputat. 1. jur. civil. sb. 15.

Controversia VI.

Publiciana vero domino competit.

Summaria

- Rei vindicatio vero domino competit. n. 1.
 Ut competat rei vindicatio, dominium à parte actoris & possessio sive detentio à parte rei requiritur. n. 2. & 3.
 Publiciana in rem actio datur ei, qui quasi vel præsumptum habet dominium. n. 4. 5. & 6.
 Is, qui Publicianam instituit, se in quasi sive præsumpto dominio fundat. n. 7. 8. & 9.
 Diversum est dominium in rei vindicatione & Publiciana in rem actione. n. 10. & 11.
 Fundamenta opinionis nostræ. n. 12. 13. 14. & 15.
 Adversariorum opinio refutatur. n. 16. 17. 18. 19. & 20.
 Opinio nostra de jure Canonico & hodierna consuetudine comprobata est. n. 21.
 Et in Praxi recepta. n. 22.

1. **R**ei * vindicatio soli & vero domino competit, qui dominium jure Gentium, vel Civili acquisivit, ut respondit Paulus J.C. in l. in rem actio 23. pr. ff. d. R. V. l. fin. C. eod. tit. Ut * igitur actio hæc competat, à parte actoris verum dominium, à parte rei verò possessio, vel detentio requiritur. l. officium 9. ff. eod. tit. §. omnium 1. h. t. l. 3. C. d. alienat. judic. mut. caus. adeò * ut, si alterutrum non probet actor, reus etiam nihil probans absolvatur. l. qui accusare 4. C. d. edend. d. l. fin. C. d. R. V.
4. Publiciana * verò actio datur ei, qui non verum, sed quasi, vel potius præsumptum habet dominium. Ut * si quis vel à non domino,

mino, quem putavit esse dominum, rem ex justa causa bonâ fide acceperit: vel * ab eo, qui quidem dominus est, sed propter difficultatem hujus probationis dominium probare non potest. Quo * utroque casu bonæ fidei possessor se in quasi, vel potius præsumpto dominio fundat: nam * si constat eum, à quo rem accepit, bonæ fidei possessor, dominum non fuisse; ~~tum~~ fingitur quasi ille rem usuceperit, & sic dominus factus fuerit; licet eam nondum usuceperit, nec usucapionem impleverit. Sin * verò rem à domino accepit bonæ fidei possessor, qui tamen dominium probare non potest; tum dominium nihilominus præsumitur. l. 1. *Et. r. ff. d. public. in rem act.* l. 18. *ff. d. pignor.* §. 3. & 4. *h. r.*

Ex * quibus constat jam, aliud esse dominium in rei vindicatione, aliud in Publiciana in rem actione: nimirum * in illa est verum dominium; in ista verò quasi vel præsumptum dominium. Quid * igitur vetabit, quò minùs rei vindicatio & Publiciana in re actio in eodem libello cumulari possint? Ita * quidem vero domino non datur Publiciana quâ tali; l. 1. §. 1. *ff. d. publician. in rem act.* ast benè sub qualitate bonæ fidei possessoris. Itaque * vero domino sic accommodari potest actio hæc: ut rem in libello alternativè jure domini, vel quasi petat; nam * alternativæ petitiones in jure admittuntur. l. 1. §. *quin autem ff. quor. legat.*

Falsissimum * igitur est, quòd adversarii objiciunt: rei vindicationem & Publicianam contrarias esse actiones; proinde in uno & eodem libello cumulari eas non posse: siquidem * verum dominium & quasi sive præsumptum dominium contraria non esse, sed diversa; etiam dupondius assequi posset. Si * igitur dominia hæc non contraria sunt, sed diversa; etiam rei vindicatio & Publiciana contraria non erunt: qualis * enim causa, talis etiam effectus est; dominium * autem verum & rei vindicatio, sicut & quasi sive præsumptum dominium & Publiciana, tanquam causa & effectus se habent.

Quæ * opinio nostra de jure Canonico & hodierna consuetudine recepta est: c. *Abbate 3. versic. porro Et. d. senten. Et re judicat. libr. 6.* & * in Praxi observatur. Johann. Oldendorp. *class. 3. act. 3.* Zas. *ad §. sed ista 3. h. r. n. 8. Et seqq. ibid.* Ant. Ufill. *n. 43.* & Schneidevvin. *n. 63. ubi Wesenb. in not. n. 25.* Papiens. *pract. in form. libel. in act. real. verb. jur. domin. vel quasi n. 33.* Mynsing. *ad §. 4. h. r.*

num. 37. Modestin. Pistor. consil. 27. n. 18. & seqq. Geil. 1. observat. 62. n. 4. & ibi Grævæ. n. 13. D. Rümlin. p. 2. pandect. disput. 4. th. 23. Bachov. in tract. d. action. disput. 3. th. 17. & p. 1. disput. 15. th. 13. lit. A. pag. 617. Bronch. ἐναγιοφάν. cent. 1. assert. 76. Althuf. in di-
caologic. libr. 3. cap. 8. num. 19.

Controversia VII.

Publiciana actio adversus verum dominum locum non habet.

Publiciana à parte rei possessionem sive detentionem requirit. n. 1.

Duplex limitatio. n. 2. & 3.

Controversia hujus negativa sententia stabilitur. n. 4. 5. 6. 7. 8. & 9.

Objectio ex l. 72. ff. d. R.V. & ex l. 4. §. 32. ff. d. del. mal. & met. except.
n. 10. 11. 12. & 13.

Solutio. n. 14. 15. 16. & 17.

Objectio ex l. 24. ff. d. except. rei judicat. n. 18.

Solutio. n. 19. & 20.

Ampliatio. n. 21.

Prima limitatio. n. 22. & 23.

Secunda limitatio. n. 24.

1. **U**T * Publiciana in rem actio institui possit, à parte rei possessionem sive detentionem requirit : veluti hoc in precedenti
2. *controv.* 11. dictum fuit. Quod * verum in rebus corporalibus; se-
3. cus verò est in rebus incorporabilibus; in quibus Publiciana con-
tra eum etiam intentari potest, qui actorem in quasi possessione vel
usu juris incorporalis turbat. *arg. l. si quis diuturno* 10. §. 1. ff. *si servit.*
vindicet. Procedit * etiam illud, nisi quis dolo desierit possidere,
qui pro possessore habetur. *argum. l. si autem* §. 1. & §. *sed & is l. qui pe-*
torio pr. l. officium 9. ff. d. R.V. Gloss. in d. §. 4. b. t. v. *dicit.* & *ibid.*
Jason. num. 36. in fin.
4. Illud * verò quæritur hîc, An eadem actio adversus verum
5. dominum intentari possit? Quod * negandum est: per textum in
l. pen. ff. d. publician. in rem act. ubi post Paulum respondit Papinia-
6. nus JC. Exceptionem domini Publicianæ objiciendam esse. Et *
in *l. seq. ult.* respondit Neratius JC. quòd Publiciana actio non idèò
comparata sit, ut res domino auferatur; sed ut is, qui bonâ fide e-
7. mit possessionemq; ex ea causa nactus est, potius rem habeat. Cujus
* responsi sui Neratius duas hasce rationes adsignat: 1. æquitatem: 2.
exceptio

exceptionem, si ea res possessoris non sit. Quod * ad æquitatem at-
tinet, ea sanè manifesta est: quæ vult, nemini rem suam sine culpa
ejus justave causa auferri: *l. id quod nostrum* 11. ff. d. R. I. neminem-
que cum jactura & detrimento alterius locupletari debere. *l. nam*
hoc natura 14. ff. d. condict. indebit. *l. jure natura* 226. ff. d. R. I. Quin
* & dolo malo faceret bonæ fidei possessor, si id peteret à domino,
quod mox eidem rei vindicatione restituere cogeretur. *l. dolo* 8. ff. d.
dol. mal. & met. except. l. in condemnatione 173. §. *dolo fin.* ff. d. R. I.

Neque * huic sententiæ obstat *l. si à Titio* 72. ff. d. R. I. ubi ita
respondit Ulpianus IC. Si à Titio fundum emeris Sempronii & tibi
traditus sit pretio soluto: deinde Titius Sempronio hæres extiterit, & eun-
dem alii vendiderit & tradiderit, æquius est, ut potior sit: nam & si ipse
venditor eam rem à te peteret, exceptione eum summooveret; sed & si ipse
possideret & tu peteres adversus exceptionem dominii replicatione utere-
ris. Idemq; * iisdem verbis respondit idem Ulpianus in *l. apud Cel-*
sum 4. §. *si à Titio* 32. ff. d. dol. mal. & met. except. In * quibus tex-
tibus licet dominus Publicianam intentanti exceptionem dominii
objicere possit: tamen hic exceptionem isthanc replicando elidere
potest. Quomodo * Publiciana adversus dominum cum effectu in
dd. ll. instituta fuit. Non * obstant inquam textus isti: nam ibi sin-
gularis proponitur casus, iste scilicet: quo verus dominus rei ven-
ditæ successor venditori factus erat, cujus * factum ideò præstare
cogitur. Itaque * Publicianam instituenti dominii exceptionem
opponere non potest: cum ei tanquam hæres evictionis nomine te-
neatur; ideoq; * dolo faceret, si peteret id, quod contrà *d. l. dolo*
8. & d. l. in condemnatione 173. §. *fin.* emptori restituere necesse ha-
beret.

Neque * quidquam etiam obstat *l. si quis rem* 24. ff. d. except.
rei judicat. ubi respondit Julianus IC. quòd, si quis rem à non do-
mino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessio-
nem amiserit & à domino petierit; adversus exceptionem, si non
ejus sit res, replicatione hâc adjuvandus sit: si res judicata non sit.
Etenim * respondetur: quòd in *d. l. 24.* rei judicatæ autoritas obstat,
quò minus dominus adversus Publicianam instituentem obtineat.
Ex * quo consequitur: quòd, si res judicata non sit, dominus ad-
versus quasi dominum obtineat.

Quæ * opinio ampliatur & in tantum procedit: ut verus do-

minus nec pretium, quod possessor aut dedit, aut promisit nō domino, solvere cogatur. *l. super empti 16. C. d. evit. l. mater 3. C. d. R. V.*

22. Limitatur * verò 1. in possessore secundi Decreti, qui adversus dominum de damno infecto non caventem utiliter agit: si *
23. fortè post decretum possessio ad priorem dominū pervenerit *l. damni infecti 18. §. non solum 15. ff. d. damn. infect.*

24. 2. Limitatur * in domino, qui prorsus tacet de jure suorum enim is, qui bonâ fide emit possessionemq; ejus ex causa nactus est, potius rem habere debet, quàm ille, qui nullo jure possidet: veluti habetur *in d. l. pen. & ult. Gloss. in d. §. namq; si cui 4. h. t. & ibi Johann. Fab. Zas. & Mynsing. Oldendorp. class. 4. act. 3. p. m. 265. Petr. Costal. in l. 1. ff. d. publician. in rem act. & in l. si à Titio 72. ff. d. R. V. Wesenbec. in w. ff. d. publician. in rem act. n. 5. versic. huic autem action. Cujac. observat. libr. 10. c. 6. Donell. ad d. §. 4. n. 15. Harppr. ad §. 5. h. t. n. 23. & 24. Bachov. in tract. d. act. d. disput. 3. th. 23. pag. 86. & seq. Hunn. variar. resolut. libr. 4. part. 2. q. 15.*

Controversia VIII.

Publiciana adversus possidentem pro herede locum habet.

Summaria.

Publiciana adversus titulo possidentem non datur. n. 1.

Prima hujus limitatio. n. 2. & 3.

Secunda limitatio. n. 4.

Tertia limitatio. n. 5.

Principalis controversiæ sententia stabilitur. n. 6. 7. 8. 9. 10. 12. 13. & 14.

Vdalrici Zasii, contrariam defendentis sententiam, argumentatio. n. 15. 16. 17. & 18.

Solutio. n. 19. 20. 21. 22. 23. & 24.

1. **P**ublicianam * actionem contra titulo possidentem intentari non posse; constat ex *l. sive autem 9. §. si duobus 4. ibiq; Gloss. & Bartol. ff. d. publician. in rem act.* Angel. ad d. §. 4. h. t. n. 13. & Jason. n. 19. Alexand. d. Imol. consil. 76. n. 3. vol. 2. consil. 45. & consil. 83. n. 4. vol. 4. Oldendorp. d. class. 3. act. 3. n. 5. p. m. 266. Quod * tamen notabiliter limitatur: 1. si titulus, quo rem petitam possidet reus
2. conventus, non sit habilis ad dominii translationem: ut * puta si ipse
3. conduxerit rem, vel res ipsi oppignorata sit: Johann. Fab. ad d. §. 4. h. t.

*h.t. num. 14. 2. Limitatur: * si reus rei petite titulum & possessionem ab illo adquisiverit, qui hanc rem auctori vel vi, vel furto abstulit. Bartol. in l. fin. §. sed cum in secundam C. d. furt. Joh. Fab. d.l. & Jafon. n. 20. 3. Limitatur: * quando is, qui cum titulo rem possidet, rem illam vel malâ fide adquisivit, vel lite pendente titulum in odium auctoris procuravit. Bartol. in d. §. si duobus Angel. ad d. §. 4. n. 13. ibiq. Jafon. num. 19. Alexand. consil. 76. num. 3. vol. 2. & consil. 45. num. 4. vol. 3.*

De * eo verò magis controvertitur inter Interpretes, An Publiciana contra eum, qui pro hærede possidet, locum habeat? Quod * nos affirmandum esse censemus: licet enim actio ista contra titulo possidentem intentari non possit; tamen contra eum, qui pro hærede possidet, intentari potest: siquidem * titulus pro hærede verbo tenus solum, re ipse verò titulus non est. Quod * vel exinde probatur: quoniam constat, hæreditatis petitionem adversus titulo possidentem institui non posse. *l. hæreditatis 7. ubi post Gloss. Bartol. C. d. petit. hæredit.* Atquin * hæreditatis petitio contra pro hærede possidentem locum habet. *l. pro hærede 11. ff. d. t.* Ergò * titulus pro hærede verus titulus non est. Et * facit hîc: quòd ea, quæ in rei vindicatione sunt disposita, etiam in Publiciana disposita esse censentur; nisi in hac contrarium expressè dispositum sit. Sed * verò rei vindicatio sine ullo dubio contra pro hærede possidentem locum habet; *l. officium 9. ff. d. R. V.* Ergò * etiam Publiciana contra eundem locum habebit: cum contrarium hîc dispositum non reperiatur.

Verùm * huic opinioni objicit Udalricus Zasius in §. *sed ista 3. h.t. num. 26.* quòd quidem titulus pro hærede verus titulus non sit; sed tamen alia ex ratione Publiciana adversus possidentem pro hærede institui non possit: quia * sc. pro hærede possidere sit jure domini possidere. Quod * probat Zasius ex §. *pen. instit. d. hæred qualit. & different.* ubi hæres à hero, id est domino, dicitur. Publiciana * verò adversus dominum locum non habet. Respondemus * nos Zasio: præterquàm quòd ab Etymologia infirma deducantur argumenta tum etiam dominum esse rerum hæreditariarum hæredem, quando ipse defunctus rerum istarum dominus fuit; quando verò dominus non fuit, sed quasi dominus: tum nec hæres verus dominus esse potest, sed quasi dominus est: quoniam * sc. hæres in

23. universum jus succedit, quod defunctus habuit. Et * ergò pro hæ-
 22. rede possidere est jure domini possidere, si defunctus dominus fuit
 23. rerum hæreditariarum; sin * verò dominus non fuit, pro hærede
 24. possidere est jure quasi domini possidere. Ex * quo consequitur
 jam: quòd, si dominus fuit defunctus rei petitiæ, Publiciana adver-
 sus hæredem, qui pro hærede possidet, intentari non possit; sin *
 autem dominus non fuit, intentari ea contrà hæredem possit; licet
 quasi dominus sit.

Quam opinionem defendunt Jason. *ad d. §. sed ista* 3. *num. 22.*
 Usill. *ibid. n. 24. & seqq.* & Schneidevvin. *n. 23.* Donell. *lib. 5. com-*
ment. jur. civil. c. 14. Harppr. *ad §. rursus* 5. *b. t. num. 25.* Treutler.
p. 1. disput. 15. th. 4. lit. C. ibiq. Hunn.

Controversia IX.

Duplicitas judicii rescindentis & rescissorii, à Dd. conficta, in jure fundata non est.

Summaria.

Quæ sit prætoria rescissoria actio. *n. 1.*

Judiciam rescindens & rescissorium, à Dd. confictum. *n. 2.*

Quod nam secundum Dd. sit rescindens judicium & rescissorium. *n. 3. 4. & 5.*

Duplicitas rescindentis & rescissorii judicii confutatur. *n. 6. 7. 8. 9. & 10.*

Objectio. *ex §. 5. h. t. l. 35. ff. d. O. & A. & l. 5. C. ex quib. caus. major. n. 11.*

Solutio. *n. 12.*

1. Quando * quis Reipublicæ vel alia probabili ex causa abfuit
 & interim rem alterius usucepit, domino, si possessor Reipu-
 blicæ causâ abesse desierit, actio rescissoria datur: quâ rescinditur
 2. usucapio resq; domino restituitur. §. *rursus* 5. *b. t.* Unde * vulgò
 3. Dd. duplex judicium fingunt, rescindens & rescissorium. Illud *
 4. vocant, quo rescindatur usucapio; hoc * vero, quo usucapionis ob-
 5. staculo remoto res vindicetur. Itaq; * illud ex jure antiquo annale
 6. esse volunt, hoc perpetuum. Verum * duplicitas hæc judicii nul-
 7. lo juris textu subnixa, sed à juris ratione prorsus aliena est. Ea q; * re-
 futatur satis per textum in *l. ab hostibus* 18. *C. d. postlimin. revers. l. si ab*
hostibus 5. *C. quib. ex caus. major. in integr. restit.* ubi dicitur: eadem
 8. * etiam ibidem: quòd annus rescissoriæ præfinitus statim à tempo-
 re impedimenti sublato currere incipiat, qui currere non posset, si
 judicio

judicio rescindenti sublato obstaculo demum actio nasceretur. Et
 * facit huc *d. §. rursus h. t.* in quo formulam rescissoria tradit Justi-
 nianus: ut dicat actor reum non usucepisse, quod usucepit. Si *
 itaq; in judicio rescindenti remota fuisset usucapio, intentione hac
 & formulâ opus non esset.

Non * obstant *d. §. s. h. t. l. in honorariis 35. ff. d. O. & A. & d. l. s. C. ex quib. caus. major.* in quibus textibus traditur: quod rescissâ
 usucapione in integrum restitutio detur. Etenim * hoc non eo fine
 dicitur ibi, quasi duplex sit judicium & prius rescindatur usucapio
 atq; rescissâ demum istâ in integrum detur restitutio; sed verbis istis
 natura & effectus actionis hujus indicatur: quod eâ, rem usucaptâ
 non esse, intendatur. Anton. Matth. *ad d. §. s. ibidemque Harpprecht. n. 7. & Bachov. n. 2. p. 937. & seqq. & in tract. d. act. d. disp. 3. th. 2. & in not. & animadv. in Treutl. p. 1. disp. 11. th. 1. lit. B. p. 327.*

Controversia X.

Actio Pauliana est personalis, non realis.

Summaria

Revocatoriarum actionum tres sunt species. n. 1.

Quæ sit Pauliana actio. n. 2.

Primum requisitum hujus actionis, ubi de distinctione inter possidentem ti-
 tulo oneroso & lucrativo. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. & 9.

Diversitatis ratio inter titulum onerosum & lucrativum. n. 10.

Secundum requisitum hujus actionis. n. 11. 12. & 13.

Quæ sit Faviana actio. n. 14.

Quæ sit Calvisiana. n. 15.

Differentiæ inter Paulianam, Favianam & Calvisianam actionem. n. 16. 17.
 18. 19. 20. & 21.

Status controversiæ, ubi tres Dd. opiniones recensentur. n. 22. 23. & 24.

Autor opinionem suam probat. n. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. & 33.

Prima objectio. n. 34.

Solutio. n. 35. 36. 37. & 38.

Secunda objectio. n. 39.

Solutio. n. 40. 41. 42. & 43.

Autoris opinio à Dd. communiùs recepta est. n. 44.

Revocatoriarum * actionum tres sunt species: Pauliana actio,
 Faviana & Calvisiana. Pauliana * est: quâ res debitoris, in
 fraudem creditorum alienatæ, rescissâ traditione revocantur: &
 fingitur, quasi nec alienatæ, nec traditæ fuissent. §. *item si quis 6. h. t.*
 Ut * verò actio hæc locum habeat, i. fraudis utriusq; tam dantis, quam

- accipientis requiritur: quæ à parte accipientis tum intervenisse cense-
tur, si ei elementi, ne emat, denunciatum fuerit. *l. ait Prator 10. §. si*
4. *quis 3. ff. quæ in fraud. credit.* Quod * verum est, si quis titulo oner-
5. *oso rem acceperit, secus verò est, si titulo lucrativo, ut donationis,*
6. *&c. illo * enim casu, si fraudis particeps non fuerit accipiens, hæc*
*actione non tenetur; l. quod autem 6. §. hoc Edictum 8. d. t. hoc * verò*
casu tenetur, d. l. qui autem §. simili modo 11. & l. pen. C. eodem titul.
7. 8. *nimirum * in factum actione; ideò * sic dicta: quòd non fraudem*
debitoris aut accipientis contrà hoc Edictum, sed in solum nudum-
que factum alienationis detractâ fraudis mentione sit directâ. Di-
9. *versitatis * ratio est: quia non est par & eadem ratio debita amitte-*
10. *re & sic damnum incurrere, & lucrum non capere: veluti * inquit*
Theodosius Imperator in l. fin. §. si quis 2. in fin. C. d. codicill. Gloss.
ad d. l. 6. h. t. in verb. fraudem ibid. Jason. n. 27. Ioh. Fab. Zas. n. 20. &
seqq. Schneidevvin. n. 43. & 44. Mynsing. n. 25. Harppr. n. 14. Ar-
nold. ab Haërsolte in adversar. d. act. part. 6. act. 46. n. 9. p. m. 474.
11. *& seq. 2. Ut * locus sit huic actioni requiritur: ut reverà frauda-*
verit debitor, ita ut per alienationem istam solvendo factus non fu-
12. *erit; ideòq; * excussio debitoris priùs facienda est, ut constare pos-*
13. *sit: an reverà fraudaverit debitor, an non: si * namq; solvendo ni-*
hilominùs sit debitor, actio hæc locum non habet, quæ non tam
fraudis consilium, quàm potiùs eventum respicit. d. l. ait Prator 10. §.
1. ff. quæ in fraud. credit. d. §. 6. h. t. ibi: ex sententia Praesidis l. 1. ibi:
bonis ejus excussis & l. pen. C. d. revoc. his quæ in fraud credit.
14. Porro * Faviana actio est: quâ res à liberto in fraudem patro-
 ni (cui mortuo liberto ob collatum libertatis beneficium tertia pars
 bonorum ejus, tam ex testamento quàm ab intestato [debetur] §.
sed nostra constitutio 3. instit. d. success. libert. alienatæ revocantur. l. 1.
pr. ff. si quid in fraud. patron.
15. Calvisiana * verò actio est communis utrique actioni præmis-
 sæ: quâ tam res debitoris, quàm liberti in fraudem creditorum &
 patroni alienatæ revocantur. *l. Faviana 2. ff. si quid in fraud. patron.*
16. Differt * verò Pauliana actio à Faviana & Calvisiana: quòd
 in Pauliana creditor probare debeat utriusq; fraudem, tam alienan-
17. *tis quàm accipientis. At * in his actionibus sufficit Patrono, alie-*
18. *nantis fraudem tantùm probare. Et * ideò in Pauliana revocat cre-*
ditor alienata pretio non restituto: nimirum propter probationis
 onus

onus & quia de damno vitando certat. At * Patronus, alienata revocans, tenetur emptori pretium restituere: quia de lucro captando certat. Item * in Pauliana non restituuntur fructus, nisi qui alienationis tempore terræ cohæserunt, & qui percepti sunt post litis contestationem; medio verò tempore percepti in restitutionem non veniunt. *l. fin. §. non solum 4. ff. quæ in fraud. credit.* At * in hisce actionibus omnes fructus, præteriti & post litis contestationem percepti veniunt. *l. 1. §. fin. cum l. seq. ff. eod. tit.* Arnold. *ab Haërsolte p. 6. 6. 13. n. fin. p. m. 425.* Oldendorp. *d. act. class. 6. act. 1. 2. & 3.*

Quibus * pro meliori terminorum intelligentia ita præmissis, principalis controversia nostra discutienda venit: An sc. Pauliana actio sit personalis, an verò realis? Et * sanè sunt ex Dd. qui eam personalem esse statuunt; quidam realem eam esse censent, Eguinarius Baro *ad d. §. 6. h. t.* Harppr. *ibid. n. 3. & seqq.* aliq; ab Harpprechto ibi allegati; quidam * verò personalem in rem scriptam eam esse sentiunt. Jason. *post Fabr. Plat. in d. §. 6.* Schneidevvin. *ibid. n. 15.* Nos * actionem hanc personalem esse judicamus: quæ * tamen certis casibus de natura realium actionum participet non nihil. Quam * opinionem nostram probamus 1. quòd actio hæc, ubi dolus à parte dantis & accipientis intervenit, ex delicto descendat: si quidem dolus est delictum: *l. item exigit 6. ff. d. dol. & l. 1. junct. Gloss. in verb. crimine ff. d. fidejussor. tut.* ex quo hæc actio oritur. Unde * actionem hanc Paulianam non dativam, sed potiùs nativam esse (quoniam materiam præexistentem, delictum sc. vel quasi contractum habet) rectè docuit Jason. *in d. §. 6. n. 112.* & Schneidevvin. *ibid. n. 16.* quidquid * contradicat Bachov. *in d. §. 6. n. 3. pag. 642.* 2. Pro * eadem opinione haud leviter militat: quòd actio hæc adversus possessorem non datur, qui ex causa onerosa possidet, nisi & is fraudis sit particeps: *l. 1. l. ait Prætor 10. & l. si quis 15. ff. quæ in fraud. credit. l. pen. C. d. his quæ in fraud. credit.* & * datur contra hæredes, etiamsi non possideant. *d. l. 10. in fin.* Atquin * actio realis adversus eum etiam datur, qui bonâ fide & ex causa onerosa possidet, nec datur nisi adversus possidentem. *l. qui petitorio 36. ff. d. R. V. 3.* Pro * isthac opinione concludit *l. videamus 38. §. in Faviana 4. ff. d. usur.* ubi Paulus JC. de actionibus in personam quæstione propositâ exempli loco Paulianam actionem & Favianam adducit; cùm tamen constet, in personam esse Favianam. *l. 1. §. hæc actio 26. ff. si quid in fraud. patron.*

Verum

19.

20.

21.

22.

23.

24.

25. 26.

27.

28.

29.

30.

31.

32.

33.

34. Verum * objicitur ab adversariis 1. quod Pauliana actio inter
 35. personales actiones hoc in titulo referatur; Ergo non personalis sit
 36. sed realis. Respondetur *: Paulianam ideò inter reales actiones
 hic referri, quod cum Publiciana & rescissoria affinitatem quandam
 habeat: sicut * enim in Publiciana fingitur, quasi res usucapta sit,
 licet non usucapta, & in rescissoria, quasi usucapta non sit, nec do-
 minium adquisitum, quæ tamen usucapta fuit; ita & in Pauliana fin-
 gitur, quasi res nec alienata, nec tradita sint, quæ tamen alienata
 37. & tradita erant. Quæ * igitur in uno aliquo tertio conveniunt, ea
 38. non statim inter se conveniunt: & * scilicet in hoc convenire vi-
 deantur actiones istæ; non tamen sequitur, eas ita inter se convenire,
 ut Pauliana etiam actio, sicut Publiciana & rescissoria, realis sit.

39. 2. Objicitur *: quod, ubi in possessionem rerum debitoris
 40. missi sunt creditores, Pauliana adversus quemcunq; possessorem in-
 tentari possit. Respondemus *: tum demum quemcunq; posses-
 41. sorem sequi hanc actionem: ubi in possessionem missi sunt credito-
 res & in iis Prætorium pignus constitutum: quo * casu actio hæc
 de natura realium actionum participat, quod est ex accidenti. Sed
 42. * verò quæ qualis sit actio, hujus dijudicatio non ab eventu, vel ca-
 43. su aliquo, sed ex origine cujusq; actionis desumenda est. Cum *
 igitur actio hæc origine sit personalis, quippe quæ ex dolo & delicto
 oritur; sequitur, quod sit & maneat personalis: licet casu aliquo sin-
 gulari de natura realium actionum participet nonnihil.

44. Quæ * est communior Interpretum opinio: quam defendunt
 Accurs. ad d. §. 6. h. t. in verb. rem petere. & Dyn. n. 14. Jason. n. 104.
 Ioh. Fab. n. 27. Viss. n. fin. Oldendorp. d. class. 6. act. 1. n. 3. Donell.
 n. 4. Mynsing. n. 19. Rittershus. pag. 586. Hammel. d. act. c. 19. n. 6.
 Anton. Matth. ad d. §. 6. Wesenbec. in w. ff. quæ in fraud. credit. n. 6.
 Bachov. d. l. num. 3. Hunn. libr. 4. variar. resolut. p. 2. d. q. 18. & in
 resolut. in Treutl. p. 2. disput. 24. th. 5. quæst. 35.

Controversia XI.

*Pauliana actio locum habet, etsi alienationis
 tempore bona à creditoribus possessa non
 fuerint.*

Summa.

Summaria.

Pauliana actio à Prætoribus tribus datur temporibus. n. 1. 2. 3. & 4.

Opinio nostra ulterius probatur. n. 5.

Obiectio ex §. 6. h. t. n. 6.

Solutio. n. 7. & 8.

Opinio nostra est communissima. n. 9.

PRætor * Paulianâ actione succurrit creditoribus, in quorum fraudem bona à debitoribus alienata sunt, tribus temporibus: 1. postquam * debitores bonis cesserunt, aut etiam decretum super bonis vendendis interpositum fuit: 2. postquam * saltem ex primo decreto contra debitorem latitantem immissio in bona eius facta est: & * 3. etiamsi nec dum ulla missio sit facta in possessionem bonorum, potest tamen in fraudem creditorum ea alienare creditor, qui, cum bonis labi incipit, metuit, ne bonorum immissionem pati, aut etiam bonis cedere cogatur *l. si quis 15. & l. omnes 17 ff. quæ in fraud. credit. & pass. t. t. C. d. his quæ in fraud. credit.* Bachov. *ad d. §. 6. h. t. n. 1. pag. 940.* Et * quod tertio hoc casu locus sit Paulianæ; probat Edicti generalitas: *in l. 1. ff. d. t. quod non distinguit, an ante missionem in bona, an verò post eam bona alienata fuerint.*

Non * obstat *d. §. 6. h. t.* illa verba, *bonis à creditoribus possessis*: quæ verba innuere videntur; tum demum dari publicianam actionem, si bona à creditoribus possessa fuerint. Etenim * committitur eâ objectione fallacia compositionis & divisionis, & * verba prædicta non ad tempus alienationis & traditionis, sed movendæ actionis Paulianæ referenda sunt.

Quæ * est communissima Dd sententia. Bachov. *d. l. & part. 2. disputat. 24. th. 5. lit. A. pag. 566.* ubi contra Donellum contrarium defendentem sententiam disputat.

Controversia XII.

Pauliana non datur, ubi debitor in fraudem creditorum hereditatem, aut legatum repudiavit.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. & 2.

Obiectio ex *l. 64. ff. d. furt. n. 3.*

Solutio n. 4 & 5.

Obiectio ex *l. 45. ff. d. jur. fisc. n. 6.*

Solutio. n. 7.

Kkkkk

Quæ

1. **Q**uæ * opinio liquidò satis probatur per textum in *l. quòd autem* 6. pr. & §. *sed & illud* 4. ff. *quæ in fraud. credit.* ubi in d. pr. respondit Ulpianus IC. Edictum hoc Paulianæ actionis ad diminuentes patrimonium pertinere, non ad eos, qui id agunt, ne locupletentur. Et * in *l. non fraudantur* 134. pr. ff. d. R.I. respondit idem Ulpianus: non fraudari creditores, cum quid non acquiritur à debitore; sed cum quid de bonis diminuitur.
- 2.
3. Neque * obstat *l. à Titio* 64. ff. d. *furt.* ubi ea quæ legantur etiam viâ in legatarium transire dicuntur. Verum * enim hoc est, 4. repudietur legatum; repudiari * autem hîc jure à debitore posse, 5. ex antè adductis juris textibus constat.
6. Nec * obstat etiam *l. in fraudem* 45. ff. d. *jur. fisc.* ubi respondit Paulus JC. quòd, si quid in fraudem fisci quæsitum non sit, revocari id possit. Etenim * hoc singulari favore fisci in d. l. 45. constitutum est; proinde ad alios creditores non extendendum. Dec. & Cagnol. in d. l. *non fraudantur*. D. Harppr. ad d. §. 6. h. t. n. 8. & seqq. D. Rümlin, *Exercit.* 19. th. 5. sub lit. C.
- 7.

Controversia XIII.

Per jusjurandum prior actio non tollitur.

Summaria.

De actione ex jurejurando. n. 1.

Fundamenta opinionis nostræ. n. 2. 3. 4. 5. & 6.

Objectio ex l. 26. §. *jurusjurand* 12. ff. d. *jurejur.* n. 7.

Solutio. n. 8. 9. & 10.

1. **T**Radit * Justinianus Imperator in §. *item si quis postulante* 11. h. t. quòd, si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur; justissimè ei talis accommodetur actio, per quam non illud quærat, an ei pecunia debeatur, 2. sed an juraverit. Unde * quæritur, An per jusjurandum præstitum 3. tollatur prior actio? Quod rectè negatur: Etenim * per jusjurandum non tolli priorem actionem, sed utramq; concurrere; patet ex 4. *l. illud* 25. §. 1. ff. d. *constit. pecun.* ubi præstito jurejurando actio constitutæ pecuniæ dari dicitur. Et * *l. si duo patroni* 13. §. *si quis juraverit*. 3. ff. d. *jurejuran.* in qua post præstitum juramentum exempto 5. agi posse traditur: & * §. *Marcellus* 5. d. l. 13 ubi pignoratitia actio 6. cum actione ex jurejurando concurrat. Item * ex *l. eum qui* 30. pr. d. r. in qua

in qua præstito jurejurando dupli actio ex l. Aquilia integra manere dicitur. D. Rümlin. Exercit. 19. th. 6. sub lit. C.

Neque * obstat l. qui jurasse 26. §. jurisjurandi ff. d. jurejur. in qua traditur: juramentum novandi vim habere. Non * enim est vera novatio, quando juramentum præstatur; sed potius nova actio, quæ cum priori concurrit: proinde * etiam dicitur in d. l. 26. jurisjurandi conditionem ex numero videri posse novandi: quo * significat IC. Paulus, veram novationem per juramentum non fieri.

Controversia XIV.

Pœna quinquaginta aureorum, adversus eum constituta qui quid ex albo Prætoris corripit, tota actori cedit.

Summaria.

In popularibus actionibus pœna regulariter actori cedit. n. 1. 2. & 3.

Excipitur. n. 4.

Opinio nostra probatur. n. 5. & 6.

Objectio ex l. licet 42. ff. d. procurat. n. 7.

Solutio. n. 8.

Regulare * esse censemus cum Bachovio p. 1. disput. 4. th. 9. lit. B. pag. 150. & seq. & in tract. d. action. disput. 1. th. 46. pag. 26. in popularibus actionibus totam pœnam ad actorem pertinere. Nam * in l. si cui 12. pr. ff. d. V. S. populari actione agens post litis contestationem creditoris loco esse dicitur; ut * igitur verè creditoris loco sit, necessum est, totam pœnam ad ipsum pertinere, ut in l. 3. ff. d. sepulchr. violat. l. ult. ff. d. litig. l. 5. §. hac autem actio ff. d. his qui effuder. Nisi * doceatur exceptio: dantur enim in legibus nostris exceptiones, ubi interdum tota pœna fisco adjudicatur, ut in casu l. fin. pr. ff. d. termin mot. aliquando verò pars duntaxat Pœnæ præmii loco actori assignatur, ut in specie l. 25. ff. ad Sct. Syllanian. Et * ergò cum in legibus nostris nullibi excipiatur, ut pœna hæc 50. aureorum, vel tota ad fiscum, vel pars ejus duntaxat præmii loco ad actorem pertinere debeat; sed simpliciter dicatur, pœnam 50. aureorum, contra eum, qui quid ex albo Prætoris corripuit, constitutam esse; l. 7. pr. & l. 9. ff. d. jurisd. Regulæ * inhærendum & statuendum, totam hanc 50. aureorum pœnam actori cedere.

7.

8.

9.

10.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7. 8.

Neque * obstat *l. licet 42. ff. d. procurat.* Etenim * non ideo negatur ibi in popularibus actionibus procuratorem dari posse, quod criminales sint, sed quia ante litis contestationem omnium par & æquale jus est. Bachov. *ad Treutl. d. l.*

Controversia XV.

Adbuc hodie parentes sine venia impetratione citari non possunt.

Summaria.

Quâ ratione reverentia, parentibus debita, lædatur. *n. 1.*

Fundamenta opinionis nostræ & objectionis remotio. *n. 2. 3. 4. 5. & 6.*

1.

NON * solum violentâ manus injectione, sed & citatione solâq; dei dictione reverentia parentibus debita læditur; *Fachin. contr. lib. 10. c. 87. Bachov. p. 1. disput. 4. th. 1. lit. B. pag. 136. & seq.*

2.

D. Rümlin. *Pand. p. 1. disput. 4. th. 28.* licet * igitur violenta manus injectio abolita sit hodie, tamen si liberi parentes in jus vocare desiderent, veniæ impetratione opus habent.

3.

Liberi * etiam non nisi citra impietatem à Prætoribus petebant olim, ut sibi parentes obtorto collo rapere liceret. *Bach. d. disput. 4. th. 6. lit. C. pag. 152.*

4.

Quin * nec Prætor hoc permittebat: quis

5.

* enim Magistratus propitiis auribus audiat filium desiderantem,

6.

ut sibi patrem obtorto collo rapere liceret? Neque * ullum in casum aut eventum permittebat hoc Prætor, salvis moribus & legibus Romanis, quibus parenti summum jus in filios erat. *Anton. Fab. in Codic. libr. 2. tit. 2. definit. 13. pag. 102. Bachov. d. disp. 4. th. 1. lit. B. pag. 136. & seq.*

Controversia XVI.

Noverca sine venia impetratione in jus vocari potest.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. *n. 1. & 2.*

Distinctio, an dissoluta sit affinitas, nec ne. *n. 3.*

1.

NOVERCÆ * sine veniæ concessione in jus vocari posse; colligitur *ex l. 1. §. ult. ibi de quibus personis sub titulo de in jus vocando plenius diximus*

*diximus: & ibi: noverca, &c. ff. d. postulan. ubi ab illis personis separatur noverca, quæ in jus vocari prohibentur. Et * facit l. II. C. d. furt. in qua contra novercam furti datur actio, quæ non daretur, si talis reverentia ei deberetur, quæ veræ matri debetur, D. Rümlin. p. 1. Pandect. disput. 4. th. 29.*

Quam magis communem esse Dd. sententiam; testatur Alciat. in l. 1. C. d. in jus voc. O fasc. decis. 30. num. 2. & Fachin. libr. 10. controuv. jur. cap. 88.

Cæterum * haud rejicienda videtur Bachovii distinctio, quando p. 1. disput. 4. th. 6. in fin. fol. 153. cum Iasone distinguit, num dissoluta sit affinitas nec ne, ut hoc casu noverca sine veniæ impetratione in jus vocari non debeat.

Controversia XVII.

Mixta dantur actiones.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Antonii Fabri contraria sententia. n. 7.

Cujus Argumentis satisfacit Bachovius. n. 8.

Mixtas * dari actiones verissimum putamus. Et * quidem ita mixtæ sunt actiones communi dividundo, familiæ eriscundæ & finium regundorum, quod in rem sint & in personam. In * rem quidem, quatenus res jure ferè domini petitur & vindicatur; in * personam verò, quâ ratione pro divisione agitur, & intuitu personalium præstationum, fructuum nimirum expensarumque. Unde * ait Justinianus in §. 20. h. t. actiones hæc mixtam causam obtinere videri, tam in rem quàm in personam. Et * ideò etiam in §. 3. Instit. d. obligat. quæ quasi ex contract. §. 28. h. t. l. 1. §. 1. C. d. annal. except. l. 1. fin. reg. l. 22. §. pen. famil. erisc. actiones hæc inter personales referuntur.

Ab * hac tamen opinione præter alios recedit quoq; Antoni^{us} Faber lib. 2. conject. cap. 10. Sed * cum solidè satis à Bachovio sit refutatus; part. 1. disputat. 19. lit. D. pag.

716. & in tract. d. act. disp. 2. th. 7.

non multum argumenta

ejus curabimus.

Kkkkk 3

Contro-

Controversia XVIII.

*Non dantur plures bonæ fidei actiones præter
in §. 28. & seq. h. t. enumeratas.*

Summaria.

Plures bonæ fidei actiones non dari præter in §. action. 28. h. t. enumeratas
communissima est Dd. sententia. n. 1.

Quæ probatur. n. 2. 3. & 4.

Obiectio ex l. 11. §. 1. ff. d. injur. l. 2. §. pen. ff. d. precar. & l. 66. ff. d. condict.
indebit. n. 5.

Solutio. n. 6. & 7.

Prima limitatio. n. 8.

Secunda limitatio. n. 9. 10. 11. 12. & 13.

1. **C**ommunissima * est Dd. sententia, nullas alias in jure dari b. f.
2. **A**ctiones præter à Justiniano in §. 28. h. t. recensitas. Nam * dum
3. recitat Justinianus bonæ fidei actiones ait, *bonæ fidei sunt hæ*, neque
4. utitur vocolâ *veluti, uti, quales*, aliâve vocolâ æquipollente; cum *
tamen si exempla referre vult Justinianus, semper clausulam ali-
quam adjiciat, ex qua constet exempla referre eum voluisse, ut facit
in §. 8. 12. & 22. h. t. Cujus * opinionis haud leve quoque argu-
mentum præbet, quòd tam anxie in bonæ fidei actiones in §. 28. h. t.
inquirat Justinianus, ut etiam illas recitet, de quib⁹ dubitari poterat,
an inter bonæ fidei actiones connumerari deberent, ut est hæredi-
tatis petitio, & actio ex stipulatu de dote.

5. Non * obstat quòd injuriarum actio, l. non solum 11. §. 1. ff. d. in-
jur. præscriptis verbis de precario, l. 2. §. pen. ff. d. precar. & condi-
ctio indebiti l. hac condictio 66. ff. d. condict. indebit. ex bona fide sive
6. ex bono & æquo oriri dicantur. Aliud * enim est actionem ex bono
7. & æquo oriri, & bonæ fidei actionem esse: illa * namq; æquitate
postulante inventa & introducta est; in hac verò alterum alteri ex
bono & æquo præstare oportet, atque adeò in hac bona fides exube-
rare debet. Anton. Matth. ad d. §. 28. pag. 325. D. Harppr. num. 58.
& seqq. Bachov. d. action. disput. 6. th. 3. D. Rümlin. Exercit. 19. th. 10.

8. Notandum * tamen hîc erit: neque utiles actiones neque con-
trarias in §. 28. h. t. excludi, sed ut directas eas bonæ fidei quoque ef-
se. Nec * illæ exclusæ censendæ; quæ omninò non diversæ sed qua-
litatibus tantum & adjectionibus à bonæ fidei actionib⁹ differunt.

Vt *

Vt * actio funeraria, l. etsi 14. §. hac actio 6. d. religios. & §. 13. ead. leg. quæ alia actio quàm negotiorum gestorum non est. d. l. 14. §. fortassis. 9. d. relig. & §. si quis 11. d. l. Item * exercitoria actio & institoria, quæ adversus præponentem vel exercitorem ex emptione, vel alio bonæ fidei contractu cum institore, vel magistro navis celebrato dantur. Protutelæ * actio, fideicommissaria & bonorum possessoria hæreditatis petitio, quæ omnes bonæ fidei quoque actiones sunt: cum * sub illis b. f. actionibus in §. 28. h. t. tanquam sub genere contineantur. Quod observârunt accurati Icc. Timæus Faber l. 1. annotat. c. 3. & Bach. d. act. disp. 6. th. 7. pag. 8.

Controversia XIX.

Arbitrariæ actiones à bonæ fidei & stricti juri actionibus specie distinctæ sunt.

Summaria:

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. & 2.

Differentiæ bonæ fidei & arbitrariarum actionum. n. 3. 4. 5. & 6.

QUÆ * opinio ex eo probatur: quòd arbitrariæ & bonæ fidei actiones evidenter invicem opponantur in l. 5. ff. d. in lit. jur. & in l. 3. §. 1. ff. d. usur. Et * confert hûc: quòd ait Justinianus in §. 31. h. t. prætereà quasdam actiones arbitrarias: id est ex arbitrio judicis pendentes appellamus, quasi ait Justinianus, præter hætenus enumeratas alias quoque actiones esse. Anton. Matth. ad d. §. 31. Planè * alia est arbitrandi ratio in arbitrariis actionibus, alia in b. f. judiciis: nam in illis arbitrium præcedit condemnationem. E. * g. in actione quod metus causa reum monet judex, ut rem restituat; & si postea non restituat, eum actori in quadruplum condemnat. Sed * in b. f. actionibus in condemnatione judicis arbitrium præcipuè versatur, ita nimirum: quantum alterum alteri præstare oporteat. Sed * & laxior est judicandi & arbitrandi potestas in b. f. quàm in arbitrandi actionibus. Bach. d. act. disp. 7. th. 2.

Controversia XX.

Libellus post litis contestationem mutari nequit.

Summa.

Summaria

Quid hic de jure veteri obtinuerit. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

De jure novo distinguitur inter factam litis contestationem & non factam.
n. 7. 8. 9. 10. & 11.

Ampliatio. n. 12. & 13.

Limitatio. n. 14.

Quando actor mutat, vel emendat libellum; tum reo expensas retardatae litis refundere tenetur. n. 15.

1. **J**ure * veteri, quando plus petebat actor, causâ cadebat §. *si quis agens* 33. h.t. quo casu libelli mutationi locus non erat. Quando
2. * verò aliud pro alio petebatur, libelli mutationi locus esse poterat: nimirum * quia citrà causæ amissionis periculum hoc actor faciebat. Et * ergò antiquo jure iis casibus, quibus mutari poterat libellus, nec ante nec post litis contestationem is in eodem judicio rectè mutabatur. Nam * judex à Prætorè in jure formulâ præscriptâ dabatur, à qua judici ne in minimo quidem recedere licebat.
3. Proinde * si libellum mutare volebat actor; Prætorem de novo adire, aliam formulam a iurumq; judicem petere & impetrare necesse habebat. Verùm * novo jure, cum omnia judicia sint extraordinaria Magistratusq; ipsi judicent; §. *fin. instit. d. interdict.* in controversia hac distinguitur inter factam litis contestationem & non factam. Post * litem contestatam libellus mutari amplius sine novo processu non potest. l. *is qui se obtulit.* 25. ff. d. R.V. l. *et si suscepit* §. l. *non potest* 23. ff. d. judic. l. *nemo* 4. C. d. jurisd. omn. judic. Ratio * est: quia per litis contestationē contrahitur quasi in judicio; l. *aliam causam* 29. ff. d. novat. & delegat. l. *licet.* 3. §. *idem scribit* 11. ff. d. pecul. pœnitere igitur impunè non licet. l. *sicut* 5. C. d. O. & A. Quando
4. * etiam mutatur libellus, tum alia res petitur; si * igitur alia est petitio, etiam alia citatio decernenda, alia novaq; dilatio concedenda; ut deliberare queat reus, num cedere, num contendere velit, & sic quoq; nova litis contestatio faciendâ est.

5. Neque * obstat §. *si minus* 34. & 35. h.t. in quibus traditur in eodem judicio quem errorem suum corrigere posse. Duplicitè * enim responderi potest: 1. oppositos textus de lite nondum contestata intelligendos esse: 2. verba *in eodem judicio* non judicii sed judicis identitatem significare: quia * enim coram eodem iudice hodie mutatur libellus, propter processus quasi continuationem judicisq; identitatem perinde videtur, ac si libellus in eodem judicio mutetur.

Quæ

Quæ * sententia ampliatur, ut vera sit; etsi partium consensu mutetur libellus: cum substantialia processus in privatorum arbitrio non sint. Gloss. in c. de causis in verbo consensu x. d. offic. delegat. Alexand. in l. edita C. d. edend. Gail. 1. observ. 74. n. 9.

15.

Limitatur * verò: quòd, licet post litis contestationem quòd ad substantialia processus mutari nequeat libellus; tamen in qualitatibus, nimirum in accidentalibus & accessoriis ad sententiam usque emendari possit. Zas. ad §. si minus h. t. Grammat. decis. 68. num. 6. Guid. Pap. singul. 896. Iohan. Corser. decis. Capell. Tholosan. 311. Doct. Marta in Digest. noviss. tom. 1. V. libellus c. 22. & 23. Bachov. d. act. Modest. Pistor. d. process. jur. part. 1. cap. 51. num. 12. & seqq. pag. 366. Fachin. lib. 11. controuv. c. 92. 95. & 98. Speckhan. cent. 1. q. 65.

16.

Cæterum * hoc omittendum hîc non est: quòd, si libellum mutare, vel emendare desideret actor, reo expensas retardatæ litis refundere cogatur, veluti hoc praxis quotidiana docet. l. eum quem 79. in pr. ff. d. judic. Fürstl. Wirtemb. Landt. part. 1. tit. 19. §. vndmag der Kläger re. Accurs. aliq. Dd. in d. l. edenda 3. C. d. edend. Hil- lig. in Donell. enucleat. libr. 23. cap. 5. Harpprecht. ad d. §. si minus 34. h. t. num. 24. & 25.

17.

Controversia XXI.

Judex certam sententiam pronunciare debet.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. & 2.

Prima limitatio. n. 3.

Sublimitatio. n. 4. & 5.

Secunda limitatio. n. 6. 7. & 8.

Tertia limitatio. n. 9. & 10.

PER * pronunciationem judicis controversia finem accipere dicitur: l. 1. ff. d. re judicat. & lites dirimere ad judicis pertinet officium; l. quidam existimaverunt. 21. ff. d. reb. credit. Sententia * igitur sententiæ nomen haud meretur, nec rei judicatæ obtinet auctoritatem, quæ sine certa quantitate profertur, & in qua non definitur, quid quantumq: præstari debeat. l. pen. & ult. C. d. sent. qua sine cert. quant. profert. l. in sententiis ff. d. re judicat.

1.

2.

Quod * tamen limitatur, i. ut verum sit, respectu rei principalis, quæ petita est: nam in expensis aliisq; hujusmodi accessioni-

3.

4. bus incerta sententia toleratur l. 3. C. d. fruct. & lit. expens. Idem * sublimitatur, si interesse principaliter petatur, ubi certa quantitas in sententia determinanda est. Stephan. Gratian. *discept. forens. cap. 444. num. 23.* Et * sententia quidem ipsa incerta esse potest; non tamen executio sententiæ: quæ certa esse debet. l. 1. & 3. cum ibi notat. Anton. Fab. in Cod. suo lib. 7. tit. 20. definit. 10. num. 1. in allegat. pag. m. 864.
6. 2. Limitatur, * si possibile sit judici, certam proferre sententiam: §. h. 32. si * enim in libello alternativè petitum, vel genus promissum sit, iudex non potest non incertam pronunciare sententiam. l. miles 6. §. 1. ff. d. re judicat. l. non possumus 7. ff. si pars heredit. petat.
7. Ne * in unam rem certam promissorem condemnando electionem ei adimat, quam & stipulatio & petitio actoris ei tribuit. Anton. Matth. hinc fol. 335. & seq. Treutl. disput. 23. th. 4. lit. A. Harppr. hinc m. 2. & seq. D. Rümlin. Exercit. 19. th. 11 lit. A. & B.
8. 3. Limitatur, * ut illa valida sit sententia, si per relationem ad aliud certa sit: ut si condemnet iudex reum in tantum, quantum in libello petitum fuit: d. l. in sententiis 59. §. 1. ff. d. re judicat. vel * si ita condemnet eum, restitue quod ex testamento habes. l. 5. §. 1. ff. d. sit. Treutl. d. l. ibiq. Bachov. pag. 440.
- 9.
- 10.

QUOD CUM EO, QUI IN aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.

TITULUS VII.

Controversia I.

Ob solam scientiam domini vel patris actio quod jussu datur.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Adversariorum instantiæ responderetur. n. 6. 7. & 8.

Obiectio ex l. 1. §. quid ergo 5. ff. quod juss. n. 9.

Solutio. n. 10. 11. & 12.

Sententia nostra communis est. n. 13.

A qua Dn. Harpprechtus temerè recedit. n. 14.

QUOD * ob solam scientiam domini vel patris actio quod jussu
 detur; probatur argumento *l. Titianus 8. ff. h. t.* ubi servus,
 mutuis pecuniis dandis & pignoribus accipiendis præpositus, pro
 hordei emptore fidejusserat, & dicitur rectè conveniri dominum,
 quia alia etiam fecerat servus, quæ dominus rati habuerat: proinde
 in omnibus servum substituisse videatur. Si * itaq; in casu *d. l. 8. te-*
 netur dominus, quia scivit alia gerere servum eaq; rati habuit, licet
 in specie, cujus nomine convenitur, nesciverit; quanto magis tene-
 bitur dominus, si in specie scivit illud, quod servus gessit vel con-
 traxit. Porro * si in delictis dominus sciens & patiens pro jubente
 habetur; multò potius in contractibus sciens & patiens pro jubente
 haberi debet. *l. 2. ff. d. nox. act. l. 4. C. eod.* Consequentia * ratio
 est evidens, quòd favorabilior sit contractuum causa, quàm deli-
 ctorum: hæc enim pœnam semper comitem habent. Haud * igno-
 ramus consequentia rationem à Dd. quibusdam impugnari, & hoc
 idè: quia in delictis qui non prohibet cùm possit ipse delinquat
 pœnamq; mereatur; at sciens contrahere quempiam, quem prohi-
 bere possit, nil peccet, si non prohibeat. Sed * annon & is qui in
 potestate quem habet & scit nomine suo contrahere, nec prohibet,
 cùm optimo jure prohibere possit, ipse contrahere videtur, cur igitur
 non teneretur? Et * uti is qui delinquentem non prohibet ubi
 potest peccat; ita & is qui servum, vel filium contrahere scit nec
 prohibet, dum sibi displicet hoc, in mala fide esse censetur: cogni-
 tum * enim habet cum iis non proprio, sed suo nomine sui que con-
 templatone contrahi, facillimèq; vetare potest, ne cum iis contra-
 hatur, nimirum propter jus potestatis, quod in eos exercet.

Nihil * obstat *l. 1. §. quid ergò 5. ff. quod juss.* ubi ait Marcellus
 JC. quando fidejussit dominus pro servo, non teneri eum quod jussu,
 etsi inutilis sit fidejussio; tamen eum quasi jussit non obligari.
 Etenim * idèd in *d. l. 1.* non tenetur dominus quod jussu, quia ita se
 obligari noluit, nec potuit. Noluit * quoniam fidejussit & se non
 ut principalem, sed ut fidejussorem obligare voluit. Non * potuit:
 cùm incompatibilia sint hæc, ut principalem & ut fidejussorem si-
 mul de eadem re obligari: quod innuit IC. in *d. l. 1.* dicens: idèd non
 teneri dominum, quod aliud sit fidejubere, aliud jubere; quippe,
 ut notum est, mandatum & jussus differunt. Ita * sentiunt & con-
 cludunt Dd. communiter in *l. 1. §. Magistrum 5. ff. d. exercit. act.* Bartol.

14. Bald. Castrenf. Schneidevvin. *ad* §. 1. *h. t. n. 6.* Ut * ideò Harpprechtus *ad* §. 1. *h. t. n. 6. & seqq.* quòd non ejus contrariam amplectar sententiam, temeritatis temerè me infimulet: siquidem * illud temerarium potius est, si quis à communibus & receptis *Dd.* sententiis & quæ ipsum Bartolum habent adstipulatorem, sine sufficienti ratione sub cerebrinæ alicujus æquitatis prætextu recesserit.
- 15.

Controversia II.

Institor ex contractu, præpositionis tempore celebrato, non tenetur.

Summaria.

- De Exercitoria & Institoria actione. *n. 1.*
 Exercitoria quando locum habeat. *n. 2.*
 Institoria quando habeat locum. *n. 3.*
 Duæ hæ actiones competunt, si quis liberum hominem navi & tabernæ præposuerit. *n. 4.*
 Quæ requirantur, ut Institoria actioni locus sit. *n. 5. & 6.*
 Principalis controversiæ sententia stabilitur. *n. 7. 8. & 9.*
 Prima limitatio. *n. 10.*
 Secunda limitatio. *n. 11.*

1. **D**uas * alias actiones præter enumeratas *in h. t.* Prætor introduxit: Exercitoriam sc. actionem & Institoriam. Illa * locum
2. habet, cum quis servum suum Magistrum navi præposuerit, & cum eo ejus rei gratiâ, cui præpositus erit, contractum fuerit. Institoria
3. * verò locus est, cum quis tabernæ fortè, aut cuilibet alii negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo ejus rei causâ, cui præpositus erit, fuerit constitutum. §. *eâdem ratione 2. h. t.* Quæ * duæ
4. actiones competunt quoque, si quis hominem liberum & sui juris navi, aut tabernæ præposuerit. *d. §. 2. in fin.*
5. Ut * verò institoria actio locum habeat, tria requiruntur: 1. quòd institor negotiationi præpositus fuerit: 2. quòd in eam causam: & 3. quòd debito loco contraxerit; quibus * concurrentibus
6. Domino actio competit. Doctor Marta *in Digest. noviss. t. 1 v. act. c. 12.*
7. An * verò ipse institor, Germanicè dictus *Factor* ex contractu, præpositionis tempore celebrato, teneatur, controversatur?
8. Ubi * negativa amplectanda est sententia: per textum *in l. ult. ff. d. instit. act.* Officium enim suum nemini damnosum esse debet. *l. si servus*

servus 61. §. quod verò 5. versic. idq. evidentiùs ff. d. furt. Et * Institor non proprio, sed præponentis nomine contrahere censetur.

Quæ * opinio limitatur 1. si ipse institor suam etiam fidem adstrinxisset: quo casu procul dubio teneretur. l. procurator 67. ff. d. procurat. Et sic accipienda est l. item si filiusfamilias 7. §. interdum 11. ff. ad Sct. Macedon. Bartol. in d. l. ult. Duaren. ad tit. ff. d. instit. act. c. 4. Mudæ. ad §. 9. instit. d. act. Harppr. ad d. §. 2. n. 15. & seqq. Treutler. part. 1. disput. 24. th. 7. lit. D. circ. fin. ibiq. Hunn. q. 10. pag. 1198. & seq. Forster. p. 2. disput. 6. th. 9. lit. D.

2. Limitatur, * ut obligetur institor: si dolum vel culpam in contrahendo commisisset ei, cum quo contraxit, nocivam: quo casu ex dolo suo & culpa conveniri posset. arg. l. sancimus 22. C. d. pæn.

Controversia III.

Institoria actio ei datur, qui sciens mortuum esse dominum cum institore contraxit.

Summaria.

Fundamentum hujus opinionis. n. 1.

Antonii Fabri contraria sententia, ex l. 41. ff. d. reb. credit. n. 2.

Duplex solutio d. l. 41. n. 3. & 4.

PRO * controversiæ hujus affirmativa sententia facit textus expressus in l. si mancipiis 17. §. si impubes 2. & seq. 3. ff. d. instit. act. ubi dicitur: propter promiscui usus sive commerciorum utilitatem actionem hic dari. Treutl p. 1. disp. 24. th. 7. lit. E. D. Rümlin. p. 3. pandect. disput. 6. th. 9. lit. B. & Exerc. 20. th. 1. lit. E.

Sed * objicit Antonius Faber 2. conject. 12. in d. l. 17. pro sciens ponens nesciens, l. 41. ff. d. reb. credit. Verissimè * respondet Bachovius ad Treutl. d. l. pag. 928. r. decisionis rationem in d. l. 41. non à morte domini, sed à mutato Institoris statu sumi: 2. aliam * rationem esse Institoris mercem, aliam fœnus exercentis; cujus utilitas & necessitas tanta in Republica non sit.

Controversia IV.

Extante peculio de in rem verso agi potest.

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 1. 2. 3. & 4.

Obiectio ex §. 4. h. r. n. 5.

Solutio. n. 6. & 7.

1. **V**BI * quis cum servo contraxit, tam de in rem verso, quàm de
2. peculio agere potest. Nam * diversæ & reverà distinctæ sunt
3. hæ actiones: quippe * diversa habent nomina, ex diversis causis de-
4. scendunt, sub diversis titulis in Digestis ponuntur & explicantur: quin * perpetua est de in rem verso actio & datur, licet peculium nō extet. Bach. d. act. disp. 8. th. 7. pag. 108.
5. Non * obstat §. 4. h. t. in quo dicitur: licet sit una actio, quæ de
6. peculio deque in rem verso agitur; tamen duas habere condemna-
7. tiones. Etenim * respondemus: si utraq; actio in uno libello con-
- juncta sit, quod etiam utile, actionem de peculio & de in rem verso unam videri actionem; reverà autem duas & diversas esse actio-
- nes: proinde * etiam duas habent condemnationes, ut traditur in d. §. 4.

Controversia V.

Filius familiars Scto Macedoniano renunciare non potest.

Summaria.

Filius familiars extrà mutui causam ex quocunq; contractu obligatur. n. 1. & 2.
 Controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.
 Ampliatio in casu juramenti interpositi. n. 9. & 10.
 Limitatio in conscientiar foro. n. 11. & 12.
 Sublimitatio. n. 13. 14. & 15.

1. **E**Xtrà * causam mutui filium familiars ex quocunq; contractu ob-
2. ligari certum est. l. si quis cum 44. ff. d. pecul. l. tam ex contracti-
3. bus 57. ff. d. judic. Anton. Fab. in Codic. suo libr. 4. tit. 19. n. 1. in alle-
4. gat. Quod * si verò mutuam pecuniam acceperit filius familiars
5. tum ex Scto Macedoniano perpetuà exceptione tutus est; quod * Sctum maximè in odium fœneratorum introductum est. l. qui ex-
- ceptionem 40. pr. ff. d. condict. indebit.
6. Unde * controversum est inter Dd. nostros, An filius familiars
7. huic exceptioni Macedoniani Scti renunciare possit? Quod * nos
- negandum esse statuimus: per textum in l. tamen si 11. ff. ad Sct. Ma-
- cedon. ubi respondit Ulpianus JC. etsi in condemnatione non op-
- posita fuerit Scti Macedoniani exceptio; eam tamen postea oppo-
- ni posse. Ex * quo consequitur: filium familiars huic exceptioni
- tacitè renunciare non potuisse; aliàs enim objicere eam amplius

non

non posset. Ratio * est: quòd Sctum Macedonianum & fœneratores puniri & securitati patrum publicæq; tranquillitati prospectum voluerit: ne sc. corrumperentur filii familiâs & delictis fenestra aperiretur. l. 1. ff. ad Sct. Macedon. §. illud propriè 7. versic. quæ ideo Senat. prospexit &c. Quapropter * cùm etiam in tertii favorem Sctum hoc introductum sit, nimirum in patrum securitatem, Reipublicæ utilitatem & salutem; ideoque filius familiâs Scto huic renunciare non potest.

Quæ * sententia, tanquam communis, ampliatur ut vera sit, licet contractui mutui juramentum accesserit. Etenim * juramentum hoc bonis moribus contrariatur, publicæ utilitati adversatur, filiorum familiâs corruptioni & depravationi aditum peccandi; occasionem præbet. Bartol. & Petr. Costal. ad d. l. 1. & l. tamen si ff. ad Sct. Macedon. Covvaruv, in c. quamvis d. pact. in 6. p. 2. §. 3. n. 4. Mozz. d. contract. tit. d. mut. n. 19. Fachin. libr. 2. controvers. jur. cap. 6. Grivell. decis. Dolan. 14 n. 48. & seqq. Anton. Gomes. tom. 2. cap. 6. num. 2. Treutler. p. 1. disput. 20. th. 7. lit. D. ibiq; Bachov. Dn. Harpprecht. ad d. §. 7 n. 16. & seqq. D. Rümlin. p. 3. pand. disp. 6. th. 22. & exercit. 20. th. 2. lit. C. Hunn libr. 3. variar. resol. q. 17. pag. 886.

Limitatur * verò eadem sententia in conscientie foro: omne enim juramentum, quod absq; periculo vitæ æternæ servari potest, est servandum; c. cùm contingat. x. d. jurejur. & * qui contra conscientiam facit, ad Gehennam ædificat. Innocent. & Panormit. in cap. quia pleriq; 8. x. d. immunit. Eccles. Molina in tract. d. justit. & jur. disp. 301. n. 2. D. Besold. in tract. d. mut. D. Harppr. d. l. n. 23. p. 551. Martin. Bonacina in tract. d. contract. & restit. disput. 3. q. 3. punct. 1. membr. 6. p. 441. Quod * procedit, quando filius familiâs paterfamiliâs factus est: quo casu in conscientie foro juramentum servare ideo tenetur filius familiâs: quòd * tum cesset præjudicium tertii, quod Sctum considerat: ne scil. filius, ut satisfaciat creditoribus, fortè noceat patri & bonis, aut vitæ illius insidias struat; quæ * Scti præcipua ratio est. d. l. 1. ff. ad Sct. Macedon. §. fin. h. r. Grivell. d. dec. 14. num. 51. & 52.

Controversia VI.

*Filius familiâs factus paterfamiliâs, si partem
debiti*

*debiti agnoverit, totum debitum agnovisse
non censetur.*

Summaria.

Quibus casibus cesset Scti Macedoniani exceptio. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Opinio nostra stabilitur. n. 7. 8. 9. & 10.

Differentia inter pignoris dationem & partis solutionem rejicitur. n. 11. & 12.

Instantia. n. 13.

Quæ diluitur. n. 14.

1. Cessat * quibusdam in casibus Scti Macedoniani exceptio, velu-
2. ti 1. in * peculio castrensi, vel quasi castrensi: d. l. §. ult. ubi
3. Gloss. & Costal. ff. ad Sct. Macedon. Stephan. Gratian. disceptat. forens.
4. c. 576. n. 3. 2. quando * miles est filiusfamiliâs: l. 2. ff. d. t. 3. quan-
5. do jussu, voluntate, vel consensu patris mutuum accepit, vel pater
6. contractum mutui ratum habet: l. si tantum 12. ff. eod. 4. quando * se
7. patremfamiliâs ignoranti persuasit: l. si quis 3. d. t. l. 1. C. eod. tit.
8. 5. quando * in rem patris pecuniam mutuò acceptam convertit: l.
9. item si 7. §. proinde 12. l. filiusfamiliâs 17. d. t. 6. cessat * dictum
10. Sctum, quando filiusfamiliâs paterfamiliâs factus debitum agnovit.
11. d. l. item si 7. §. fin. ff. eod. tit. Althus. in Dicaologic. libr. 1. c. 69. n. 32.
12. Verum * controvertitur, An, si partem debiti agnoverit filius-
13. familiâs, totum debitum agnovisse censeatur? Quod * rectius nega-
14. tur: per textum in l. sed si paterfamiliâs 9. pr. ff. d. t. ubi respondit Ul-
15. pianus JC. quod si filiusfamiliâs, paterfamiliâs factus, rem pignori
16. dederit, Scti exceptio ei usque ad pignoris quantitatem deneganda
17. sit. Et * facit pro hac sententia: quod renunciationes stricti sint
18. juris, l. tres fratres 35. ff. d. pact. Geil. 2. observat. 77. n. 5. inprimis *
19. verò in præsentī casu: quod Sctum Macedonianum in odium fœ-
20. neratorum (ut audacia & temeritas fœneratorum coërceretur) &
21. Reipublicæ favorem introductum sit.
22. Neque * vera est differentiæ ratio inter pignoris dationem, de
23. qua d. l. 9. loquitur, & partis solutionem: non * minus enim pi-
24. gnoris datione, quàm partis solutione debitum agnoscitur. Nec *
25. movet: quod in d. l. 9. adversativa dictio sed sit posita: quasi diver-
26. sum obtineat in pignore, quàm in solutione. Etenim * ex vocula
27. ista idè nihil solidi concludi potest: quod l. 8. inter l. 7. §. fin. d. t.
28. & l. 9. interjecta sit. Bachov. in not. & animadvers. in Treutl. part. 1.
29. disput.

disput. 20. th. 8. lit. A. pag. 763. & seq. ubi Accursii (cui & Grivel. d. decis. 14. n. 62. adstipulatur) argumentis satisfacit. D. Rümlin. p. 3. disput. 6. th. 18. & exercit. 20. th. 3. lit. D.

Controversia VII.

Si filiusfamiliâs non sic ab initio mutuam pecuniam acceperit, quasi in studia erogaturus, postea tamen in studia impenderit, putà liberos emendo, &c. cessat Sctum.

Summaria

Fundamenta hujus opinionis, n. 1.

Obiectio. n. 2.

Solutio. n. 3.

QUæ * opinio probatur ex l. item si filiusfamiliâs 7. §. proinde 12. ff. ad Sct. Macedon. junct. l. quod si servus 3. §. proinde 3. versic. ergo idem & l. filiusfamiliâs 19. versic. atq; si filio ff. d. in rem vers.

Neque * obstat: quod id, quod ab initio vitiosum est, ex post facto non reconvalescat, & cujusq; contractus initium spectandum sit. Etenim * hoc in casu filiusfamiliâs juris autoritate pecuniam ab initio accepisse censetur, ut in bonum finem, in studiorum scil. utilitatem, eam verteret. d. l. 7. §. 12. versic. sed et si &c. D. Rümlin. part. 3. pandect. disput. 6. th. 20.

De NOXALIBUS ACTIO- nibus.

TITVLVS VIII.

Controversia. I.

Noxalis actio adversus bona fidei possessorem competit.

M m m m m

Sum-

Summaria.

Fundamentum hujus sententiæ. n. 1.

Contrarium Ulpiani IC. responsum in l. 1. §. 1. ff. d. serv. corrupt. & in l. 27.

§. 3. ff. ad L. Aquil. n. 2. & 3.

Conciliatio. n. 4. 5. & 6.

1. **Q**uod * noxalis actio adversus bonæ fidei possessorem competat; probat Africani IC. responsum in l. 1. & generaliter 28. ff. h. tit.

2. Cui * contrarium esse videtur Ulpiani IC. responsum in l. 1.

3. §. 1. ff. d. serv. corrupt. & * ejusdem Ulpiani responsum in l. si servus

4. 27. §. servi autem 3. ff. ad L. Aquil. Verum * distinctione res expediri

5. potest: quod sc. intersit, An constet de vero domino, an non; ut *

6. hoc casu contra bonæ fidei possessorem noxalis detur actio; illo vero

* contra ipsum dominum. Bachov. part. 1. disputat. 18. thes. 12. lit. C.

pag. 713.

SI QUADRUPES PAU- periem fecisse dicatur.

TITVLVS IX.

Controversia. 1.

*Si fera quadrupes pauperiem fecerit, ut ursus, leo
aper, &c. directa de pauperie actio datur.*

Summaria.

Controversiæ hujus sententia stabilitur. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. & 8.

Objectio ex l. 1. §. 10. ff. h. t. n. 9.

Solutio. n. 10.

1. **U**lpianus * in l. 1. §. quæ actio 2. ff. h. t. ait: quod actio de pauperie ad omnes quadrupedes pertineat; absq; * omni autem dubio de directa actione agit ibi IC. quod exempla in §. 4. seq. subjecta ostendunt. Proinde * ad feras quoq; bestias actio hæc directa pertinebit: qui * enim omne dicit nil excludit. Idemq; * evincitur

2. ex §. h. fin. ubi similiter dicit Justinianus, actionem de pauperie hoc casu dari; de directa igitur intelligendum hoc erit: si * enim utilem actionem dari voluisset Justinianus, utiq; id expressisset. Facit *

3. Quod

quòd in dubio leges de directa actione sint intelligendæ; neque * enim citrà expressam legis constitutionem utiles actiones fingere licet.

Non * obstat l. 1. §. 10. ff. h. r. Etenim * non simpliciter negatur ibi, in bestiis actionem hanc locum habere; sed id saltem vult Vlpianus JC. in bestiis naturali libertate fruentibus actionem hanc deficere. Hunn. resol. Trentl. p. 1. disp. 19. q. 5. D. Rümlin. p. 2. pandect. disput. 8. th. 3. & Exercit. 20. th. 8.

De

IIS, PER QUOS AGERE

possumus.

TITULUS X.

Controversia I.

*Excommunicatus procuratorem ad agendum
constituere nequit.*

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. & 2.

Limitatio. n. 3. 4. & 5.

Obiectio. n. 6.

Solutio. n. 7. & 8.

EXcommunicatum * procuratorem ad agendum constituere non posse, probatur per c. exceptionem 12. x. d. Except. c. 1. ibi, repellat agentes eod. titul. in 6. cap. decernimus 8. d. sent. excommun. in 6. Nam * excommunicatus à cætu & communione fidelium separatur, quomodò igitur procuratorem constituere posset?

Quod * limitatur, si ipse excommunicatus conveniretur, quo casu ad defendendum procuratorem dare posset: c. 7. x. d. judic. c. dilecti x. de except. c. pia eod. tit. in 6. defensio * enim est juris naturalis: clem. pastoralis d. sent. & rejudicat. & * judicium in invitum redditur. l. inter stipulantem 83. §. 1. ff. d. V. O. Geil. d. pac. publ. c. 12. n. 22. D. Bachov. p. 1. disput. 9. th. 2. lit. B. p. 342. D. Rümlin. p. 1. pandect. disput. 8. th. 8. & Exercit. 21. th. 7. lit. A.

M m m m m 2

Non

6. Non * obstat : quod reus excipiendo actor fiat. l. 1. ff. d. ex-
 7. cept. l. 19. ff. d. probat. Etenim * quod ad probandi onus procedit
 hoc : sicut enim actor intentionem suam ; ita & reus exceptionem
 8. oppositam probare debet. Propriè * aliàs reus actor non est : non
 enim petit sibi aliquid adjudicari ; sed actorem à petitione repelli
 seque absolvi intendit.

Controversia II.

Nec Bannitus procuratorem ad agendum dare potest.

Summaria.

Quæ sententia probatur. n. 1. 2. 3. & 4.

Ampliatio. n. 5.

Objectio ex l. 5. §. fin. ff. d. public. judic. n. 6.

Solutio. n. 7. & 8.

Quæ opinio est recepta & practica. n. 9.

1.
 2. **Q**uod * de excommunicato dictum ; idem & de bannito di-
 cendum : nam * sicut ille non ad agendum, sed defendendum
 solum procuratorem rectè constituit ; ita etiam Bannitus. Cammer-
 gericht's Ordnung. p. 2. tit. 9. §. So jemand's / ibi, Sollen des oder
 derselben Leib und Gut jedermänniglich erlaube seyn / und niemands
 daran frevelen / oder verhandlen können oder mögen / darzu alle Ver-
 schreibung / Pflicht und Bündnis Ihnen zustehende / und darauß sie
 3. Forderung oder Zuspruch haben mögen / gegen den jenigen die ihnen
 4. verhaßt werden ab und todt seyn. Ratio est: quia actiones sunt juris
 civilis ; l. 2. §. deinde ex his ff. d. origin. jur. Bannitus * autem non
 amplius est civis Romanus, sed hostis Imperii Romani, ideoq; per-
 sonam in judicio standi non habet : l. si is qui reus 5. ff. d. publ. judic.
 consequenter neque procuratorem ad agendum dare potest. Geil. 2.
 5. Observat. 12. d. pac. public. per tot. D. Rümelin. part. 1. pandect. di-
 sput. 8. th. 9.

Quæ opinio ampliatur, ut bannitus nec inceptas lites ante
 Banni declaratoriam ad exitum perducere queat. l. 47. ff. d. fide-
 juss. l. 4. pr. ff. si quis caut. &c. Geil. d. l. num. 12.

Neque * obstat l. 5. §. fin. ff. d. publ. judic. 1. enim d. l. 5. de pœ-
 na deportatione minori accipienda est : 2. alia * est ratio privatæ a-
 ctionis

tionis & obligationis; alia verò publicæ accusationis, in qua interesse Reipublicæ & sceleris vindicta vertitur. Bach. p. 1. disp. 9. thes. 2. lit. C. pag. 343.

Quæ * opinio multis præjudiciis firmata & in Camera Imperiali recepta est Geil. d. l. ubi secundum eam in causa Goslar contra Braunschweig judicatum esse refert.

Controversia III.

Procurator appellationem prosequi non potest.

Summaria.

Quæ opinio stabilitur. n. 1. usq. ad num. 14. inclus.

Quid de iure Canonico hic obtineat. n. 15.

Objectio ex l. ult. ff. an per al. appellat. caus. n. 16 & 17.

Opinio nostra de stylo supremæ Curiae Wirtembergicæ obtinet. n. 18. & 19.

Appellationem * prosequi non posse procuratorem, multò minus ad id teneri; evincitur ex l. 10. C. d. procurat. ubi rescribit Imperat. Alexander: si procurator ad unam speciem (ad unam sc. causam) constitutus mandati fines egressus fuerit, nullum domino præjudicium fieri, nisi plenam habeat potestatem. Et * ergò cum procurator hic ad unam causam, nimirum ad unam instantiam constitutus sit; mandatum ad priorem instantiam pertinens, ad secundam appellationis instantiam extendere non potest. Etenim * appellationis causa sive instantia à prioris instantiæ causa sive ipsa priori instantia omninò diversa est: quippe * in illa novus & alius iudex aditur, novus libellus porrigitur, nova litis contestatio sequitur, non deducta deducuntur, non probata probantur, omniaque alia facienda, quæ ad legitimum & ordinarium processum desiderantur. Quis * hinc procuratorem ad secundæ instantiæ onus, quod primæ instantiæ onere gravius ferè esse solet, adstrinxerit? Cum * id in se minimè receperit, in primis verò quòd gratuitum sit mandatum. Quin * fieri potest, ut plures & diversi dentur appellationis iudices, & sic bis vel ter appellari possit; durissimum sanè hoc casu esset, tantà negotiorum mole procuratorem implicari, ut omnibus instantiis operam suam præstare cogeretur, & quidem gratis. Porro * facit l. 17. C. h. t. in qua dicitur ultra provocationis causam (nimirum ut appellationem interponat solum) procuratorem mandatum suum extendere non posse. Nam * vocula *ultra* ejus est naturæ,

ut rem extrà consummationem & perfectionem denotet, ut ex l. 2. § 9. C. d. non num. pecun. notat Salicetus ad d. l. 17. fol. mibi 127. fac. 2. colum. 2. pr.

10. Cujus * opinionis ratio est: quod procurator verè non sit do-
 11. minus litis sed instantiæ. Itaq; * ipsam appellationem interponere
 debet procurator: quia appellationis interpositio ad causam de-
 12. mandatam prioris sc. Instantiæ pertinet, & coram iudice prioris in-
 stantiæ expeditur. Sed * appellationis prosecutio ad aliam & diver-
 sam, nimirum secundæ instantiæ, spectat causam, & coram alio ju-
 13. dice perficitur; proinde * non sequitur: procurator appellatio-
 14. nem interponere cogitur; ergò eam etiam prosecui debet. Satis *
 curarum habet procurator, ut fatalia appellationis interponendæ
 observet; quas curas haberet si & fatalia appellationis introducen-
 dæ observare teneretur?

15. Planè * de jure Canonico in arbitrio procuratoris positum
 est, num prosecui appellationem velit nec ne: c. non injustè 14. x. d.
 procurat. ut adèd in parte hac differentia sit inter jus Canonicum
 & Civile.

16. Non * obstat l. ult. ff. an per alium caus. appellat. Rectè enim
 respondet ibi Castrensis: legem illam de procuratore omnium bo-
 17. norum accipiendam esse: quæ * conciliatio ex supra allegata l. 10.
 desumitur, in qua excipitur; nisi procurator omnem habeat pote-
 statem. Castrenf. & Salycet. dd. ll. Geil. 1. observat. 139. num. 11. Do-
 ctor Marta in Digest. noviss. v. procurator 6.97. Bocet. class. 5. disput. 5.
 sb. 65. Besold. d. appellat. c. 5. num. 7.

18. Et * sic stylus supremæ Curia Wirtembergicæ observat, in qua
 19. procurator prioris instantiæ ad proseguendam appellationem non
 admittitur, nisi novum mandatum edat: quod * non semel practi-
 catum fuisse novimus.

Controversia IV.

In criminalibus procurator non admittitur.

Summaria.

Difficilis & intricata est præsens controversia. n. 1.

Prima distinctio in hac controversia, inter actorem & reum. n. 2.

Secunda distinctio à parte rei, inter crimina pœnam corporalem & pecunia-
 riam continentia, n. 3. 4. & 5.

Quod

Quod in pœna corporali obtinet, & in relegationis atque arbitraria pœna locum habet. n. 6. 7. 8. & 9.

In popularibus actionibus à parte rei, non actoris, procurator intervenire potest. n. 10.

Limitatio hujus. n. 11. & 12.

Post litis contestationem à parte rei procurator constitui potest. n. 13. & 14.

Objectio ex l. miles 11. §. ea qua 2. ff. ad L. Iul. d. adult. n. 15.

Solutio per distinctionem, inter crimina capitalem & corporalem pœnam irrogantia. n. 16. & 17.

In criminibus capitalibus & corporalibus etiam ante litis contestationem, ad absentiae causas allegandas, procurator intervenire potest. n. 18. & 19.

Limitationes. n. 20.

Plures limitationes remissivè. n. 21.

Hodie in criminalibus à parte actoris procurator intervenire potest. n. 23.

AN * in criminalibus procurator intervenire possit, difficilis est disquisitionis. Vbi * sciendum: aliam causam esse actoris, aliam rei. Quod ad actorem pertinet: is in criminalibus procuratorem non rectè constituit, nisi in criminalibus judiciis privatis, pœnam relegatione minorem, nimirum simplicis famæ, vel pecuniæ, imponentibus. Ratione * rei distinguendum est inter crimina pœnam corporalem & pecuniariam continentia. In * criminalibus pœnam capitalem & corporalem imponentibus procurator dari nequit: l. pen. §. 1. ff. d. publ. judic. l. 1. ff. an per alt. caus. appellat. & c. l. tunc. convenit 15. C. d. accusat. l. ult. in pr. C. ubi Senat. vel Clar. ne * sc. sententia elusoria reddatur; cum neque in procuratore, neque in absente executioni mandari ea possit. Et * idem de iis criminibus dicendum, quibus relegationis pœna constituta est: d. l. 1. an per al. caus. appellat. l. ult. C. d. injur. junct. l. ult. ff. eod. l. miles 11. §. ea qua 2. ff. ad jul. d. adult. junct. l. ex eo 18. ff. eod. cum * obtineat in hisce prohibitionis ratio, ne sententia elusoria fiat. Idemq; * de iis statuendum, in quibus pœna arbitraria locum habet: nam * arbitraria pœna pro delicti & circumstantiarum ratione ad mortem usque extendi potest. l. sunt quidam 9. ibi: hanc rem Præsides exequi solent graviter, usq; ad pœnam capitis ff. d. extraordin. crimin. Harppr. ad §. 10. Instit. d. injur. num. 14. & seqq. Hunn. part. 1. resolut. Treutler. disput. 9. quest. 13.

In * popularibus actionibus à parte rei quidem, non verò actoris procurator dari potest; l. qui popularis §. ff. de popul. act. Hillig. Donell. enucl. lib. 18. c. 20. in not. lit. B. Nisi * is de privato damno & inter-

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

interesse actionem instituat. *l. licet in popularibus actionibus 12. pr. ff. d. procurat.* Bachov. p. 1. disp. 9. th. 1. lit. E. pag. 340. Dn. Rümlin. p. 1. disput. 8. th. 20. Hoc * enim respectu actio illa non popularis, sed privatae rationem habet. Bachov. d. l.

13. Porro * quotiens damnari potest absens, nimirum post factam litis contestationem, procurator à parte rei in criminalibus capitalibus jure intervenit: *l. servus 33. §. publicè 2. ff. d. procurat. l. 13. C. ad L. Jul. d. adult.* tum * enim sententia elusoria non redditur, siquidem absens in contumaciam damnari potest.

15. Non * obstat *l. miles 11. §. ea quæ 2. ff. ad L. Jul. d. adult.* Et enim * distinguendum est inter crimina, pœnam capitale & corporalem infligentia: in * illis singulari humanitate receptum, ut absens, quotiens damnari potest, etiam defendi possit. Cujac. 20. obs. c. 20. Bach. d. l. pag. 748. Fach. 1. contr. c. 24.

18. Planè * in criminalibus capitalibus & pœnam corporalem imponentibus ante litis etiam contestationem à parte rei procurator intervenire potest: non * quidem ita, ut in causa principali defendat reum: sed ut justas absentiae causas judici alleget, ad sententiam differendam: *d. l. pen. §. 1. ff. d. judic.* ut tamen juramentum calumniae prius præstet. Doctor Marta d. l. c. 53.

20. Et * hæc de criminalibus capitalibus & pœnam corporalem continentibus. In * criminalibus pœnam pecuniariam imponentibus, procurator à parte rei indistinctè admittitur, tam ante quàm post litis contestationem *d. l. 1. ff. an per ali. caus. appellat. ibi: planè si pecuniaria pœna & ex qua ignominia sequitur, potest & per procuratorem hoc agi. d. l. tunc convenit 15. ibi: licet in pecuniariis causis per procuratores litem sustineant. C. d. accus. Add. Anton. Fab. in Codic. suo l. 3. tit. 15. definit. 25. n. 1. in allegat. pag. 351. Carpzov. in Iurisprud. forens. p. 4. constit. 42. definit. 3. n. 7. Iohan. Mar. Novar. decis. 14. num. 9. & decis. 35. n. 2. Doctor Marta in Digest. noviss. tom. 1. verb. procurator c. 53. Bachov. d. l. pag. 733. & seqq. Fach. 1. contr. c. 24. 25. & 26. D. Rümlin. p. 1. disp. 8. th. 16. & 4 seqq. Exerc. 12. th. 2. 3. & 4.*

22. Porro * opinionem nostram tam quò ad actorem, quàm quò ad reum ulterius limitat Geil. libr. 1. d. pac. public. c. 10. n. 8. & seqq. 1. in causa fractæ pacis publicæ: 2. in infirmo: 3. si criminale judicium contra universitatem intentetur: 4. in personis Illustribus: 5. quando ex singulari Principis indulgentia accusato adjectâ clausulâ

fulâ non obstante procurator permittitur: 6. per Rescriptum valere dicit Geilius iudicium, alterâ parte non opponente. Plures limitationes tradit Clarus in §. fin. q. 32. per tot.

Cæterum * cùm hodie talionis pœna sublata sit, ex parte a-
 cloris procuratorem intervenire posse; tradunt Clarus d. l. versic.
 pone quod &c. & Geil. d. l. n. 7. versic. hodie tamen &c.

23.

Controversia V.

*In dignitate constitutus salvâ dignitate suâ pro-
 curatoris judicialis officio fungi potest.*

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. & 2.

Obiectio ex l. si quis 34. C. d. Decur. n. 3.

Solutio. n. 4.

OB * susceptum procuratoris officium dignitate quem privari,
 nullibi in jure nostro traditur. Et * in l. 1. §. ult. ff. d. mandat.
 procurator ei, cujus causam agit, officium præstare dicitur, ob quod
 dignitatem amitti, periniquum foret.

1.

2.

Neque * obstat l. si quis 34. C. d. Decurion. ubi Decurio procu-
 rator alterius esse non potest. Rectius * enim locus iste de procu-
 ratore ad negotia & quasi functione Institoria exaudiri possit. Dn.
 Rümlin. part. 1. disputat. 8. th. 14. Bachov. part. 1. disputat. 9. th. 6.
 lit. G. pag. 354.

3.

4.

Controversia VI.

*Infamis de jure Justiniano procurator
 esse potuit.*

Summaria.

Quæ opinio probatur. n. 1.

Limitatur, si notoriè de infamia procuratoris constitit. n. 2. 3. & 4.

De jure Canonico infamis ad procuracionem non admittitur. n. 5.

Quod Practica observat. n. 6.

QUDD * de jure Justiniano infamis procurator esse potuerit;
 constat ex §. fin. instit. d. except. ubi sancit Justinianus Impera-
 tor: Eas exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam
 vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur: cùm in judiciis

1.

N n n n n

frecuen-

frequentari nullo modò perspexerit, conquiescere debere: ne dum de iis altercatur, ipsius negotii disceptatio proteletur.

2. Verùm * si clarè & liquidò de infamia alicujus constitit, non
 3. putamus talem de jure Justiniano ad procurationē admissam fuisse. D. Rümlin, *part. 1. disput. 8. th. 13.* Idque * *ex d. §. fin. verbis finalibus* colligere licet; quando ait Justinianus: *ne dum de his altercatur ipsius negotii disceptatio proteletur.* Et * ergò si notoriè delicti-
 4. cujus infamia constitit, nec ulteriori probatione indiguit sequitur, talem infamem procuratoris officio fungi non potuisse.

5. Planè * jure Canonico infamis ad procurationem non admit-
 6. titur: *c. infames 2. caus. 3. q. 7.* sicque * moribus nostris in benè constitutis Rebus publicis observari; testatur. Geil. 1. *observ. 43. num. 8.* Treutler. *p. 1. disput. 9. th. 6. lit. G.*

Controversia VII.

Negligentia & contumacia procuratoris domino nocet.

Summaria.

Quæ opinio probatur. *n. 1. 2. & 3.*

Obiectio *ex l. unic. §. 2. ff. si quis jus dic. non obtemperav. n. 4.*

Solutio. *n. 5. 6. & 7.*

Ampliatio. *n. 8. & 9.*

Prima limitatio. *n. 10.*

Sublimitatio. *n. 11. & 12.*

Secunda limitatio. *n. 13. & 14.*

Quæ limitatio communis & recepta est. *n. 15.*

Duplex sublimitatio. *n. 16. 17. & 18.*

1. **N**egligentiam * & contumaciam procuratoris domino nocere; probat *l. si procurator 1. C. d. procurat.* ubi rescribit Alexander Imperator: quòd, si procurator ad unam speciem constitutus, officium mandati egressus sit, id quod gessit, nullam domino præjudicium facere potuerit. Quòd si plenam potestatem agendi habuerit; rem judicatam rescindi non oporteat cum, si quid vel dolo egerit, convenire eum more judiciorum non prohibeatur. Sicut * enim procurator ad litem constitutus litis dominus intelligitur, ita quidquid ad eam litem pertinet, perinde est, ac si à domino gestum ellet. *l. procuratoribus 22. C. d. procurat.* Anton. Fab. in *Codic. libr. 2. tit. 6. definit. 3. n. 2.* Et * sibi imputare debet dominus, quòd negligentia

gligentem procuratorem elegerit. *l. cum mandato 23. in fin. ff. d. minor. l. sed & si 7. §. ult. ff. d. instit. act.*

Neque * obstat *l. unic. §. si procurator 2. ff. si quis ius dic. non obtemperav.* ubi respondit Ulpianus IC. quod, si procurator, vel tutor, vel curator ius dicenti non obtemperaverit, ipse puniatur, non dominus, vel pupillus. Etenim * vera est hæc opinio processus ratione ut teneat sententia, non verò quò ad pœnam domino infligendam, quam ipse procurator sustinere debet: de quo calu *d. l. 1. §. 2. loquitur.* Unde * si post latam sententiam intra decendium non appellaverit procurator; nec dominus postea tempore exclusus admittendus erit. *l. 1. §. ult. ff. quand. appell. sit.* Et * si procurator terminum probatorium praterlabi passus fuerit, ulterius nec ipse dominus erit audiendus.

Quæ * opinio nostra ampliatur ut vera sit, si ve sciverit dominus, si ve nesciverit latam esse sententiam: siquidem * procuratoris scientia sufficit Felin. *in c. 1. n. 6. x. ut lit. non contestat.* Marc. Ant. Natt. *consil. 524. vol. 3. Dn. Benedict. Carpzov. in Iurisprudent. forens. part. 1. c. 1. definit. 22. n. 4.*

Limitatur * 1. in causa mandata à domino: si enim procurator fines mandati egressus quid egerit; domino non nocet. *l. si quis 3. §. si procurator ff. quod quisq. jur. & c. l. si procurator 6 ff. d. condic. indebit.* Nisi * id procurator sciente nec contradicente domino extra fines mandati egerit: illa * enim patientia extendit mandatum, ita ut dominus gestum ratificasse censeatur. Arius Pinell. *in l. 2. C. d. rescind. empt. vendit. p. 2. c. 1. n. 18.* Ioh. Petr. Surd. *decis. 209. num. 8. pag. 528.* Ioh. Mar. Novar. *decis. 43. n. 6.*

2. Limitatur: * si solvendo sit procurator, quo casu dominus ipsum procuratorem actione mandati convenire debet; sin verò solvendo non sit: tum domino in integrum datur restitutio, ex generali illa clausula, *si qua iusta causa mihi videbitur, t. t. ff. & C. ex quib. caus. major.* Ne * scil. ex aliena culpa damnum maximum, id est jacturam bonæ litis sentiat dominus: Anton. Fab. *d. definit. 3. num. 3.* quæ * est communis & recepta Dd. sententia. Geil. 1. *observat. 45.* Mynsing. *cent. 1. observat. 2.* Carpzov. *d. p. 1. c. 1. definit. 23. per tot.* Quæ * limitatio sublimitatur: si dominus culpâ suâ negligentem procuratorem constituisset. Rot Roman. *decis. 439. in noviss. divers. part. 3. libr. 3. Gravæ. ad Geil. d. l. conclus. 45. n. 13.* Quod * si etiam

16.

dolosè quid egerit procurator & appellationem intermiserit; dominum ipso jure tutum esse; tradit Hartman. Pistor. *quest. jur.* 36. *in fin. libr. 1.* Nisi * cum dolo procuratoris culpa quæque domini concurreret. Græv. *d. conclus. n. 15.* Addat. Geil. *1. observat. 89.* & ibi Græv. *num. 2.* Doctor Marta in *Digest. noviss. verb. procurat. c. 84.*

Controversia VIII.

*Per falsum procuratorem gesta sententiâ latâ
ratihaberi à domino nequeunt.*

Summaria.

Quis sit falsus procurator. *n. 1.*

Si dubitetur de mandato, procurator sub cautione de rato admittitur. *n. 2.*

Fundamentum opinionis nostræ. *n. 3. 4. & 5.*

Limitatio. *n. 6.*

Objectio ex *l. 3. §. 1. ff. rem rat. haber. n. 7.*

Solutio. *n. 8. & 9.*

Opinio nostra practica est. *n. 10.*

Falsus procurator parti ad interesse tenetur. *n. 11.*

Et de dolo tenetur atque contra eum in litem juratur. *n. 12. & 13.*

1.

Falsus * procurator dicitur, qui vel nullum mandatum habet, vel revocatum, vel ab eo, qui mandandi jus non habuit. Bald. *ad l. licet 24. C. d. procurat.* Anton. Fab. in *Codic. libr. 4. tit. 20. definit. 2.*

1.

n. 1. in fin. pag. 377. Don. Gars. Mastrill. *decis. 179. n. 9.* Quando * verò dubitatur de mandato, etiam speciali; tum procurator cum cautione de rato admittitur: *l. quod si de speciali 26. ff. d. minor. etiam ad transigendum. c. pen. d. relig. dom. c. contingit x. d. transact.*

3.

Sanè * ubi falsus procurator in judicio egit, nec dici solet controversia, nec judicium esse potest: *l. licet 24. C. d. procurat.* con-

4.

sequenter sententia nulla erit. Si * igitur omnia falsi procuratoris

5.

gesta nulla sunt, nec à domino ratihaberi possunt: quod * enim non est, ratihaberi nequit; siquidem non entis nullæ sunt qualitates.

6.

Verùm * si pendente adhuc judicio falsi procuratoris gesta ratificaret dominus, processus validitatem suam acciperet. *l. licet. 56. ff. d. judic.*

7. 8.

Non * obstat *l. 3. §. falsus 1. ff. rem rat. haber.* Nam * in *d. l. 3.* cautionem de rato præstiterat procurator, & sub tali cautione ad-

missus

missus fuerat; impletà * igitur conditione, sub qua procurator in iudicio admissus, nimirum subsecutâ ratihabitione domini: iudicium nullum dici non potest. Mynsing. 1. *observat.* 44. Fachin. *contr. libr. 8. cap. 61. ubi ad Geilii argumenta respondet* Anton. Fab. *d. l. & libr. 2. tit. 6. definit.* 10. n. 1. & 2.

Et * sic in suprema Curia Würtembergica observatur, ut aliquoties pronunciatum, scio.

Cæterum * quod addendum hîc est: falsus procurator parti ad interesse tenetur: Anton. Fab. *d. tit. 6. definit.* 11. n. 1. *in allegat.* adeò * ut de dolo teneatur, ex quo se procuratorem falsus, cum non fuerit; proinde * in litem contra eum jurari potest. Mastrill. *d. decis.* 179. num. 2. & 3.

De EXCEPTIONIBUS.

TITULUS XIII.

Controversia I.

Exceptio quod metûs causâ parenti patronove obijci nequit.

Summaria.

Fundamenta huius sententiæ. n. 1. & 2.

Bachovii, contrariam defendentis sententiam, argumentatio. n. 3.

Responsio. n. 4. & 5.

QUOD * exceptio quod metûs causâ parenti patronove obijci non possit, perspicuè satis probat l. 4. §. *fin.* ff. d. dol. mal. & *met. except.* in qua dicitur: Exceptionem de metu eum obijcere debere, qui metum à parente, in cuius fuit potestate, passus non est. Idem * probat §. 16. d. t. in quo traditur: quòd adversus parentes patronosque neque doli exceptio neque alia, quæ patroni parentisve opinionem apud bonos mores suggillet, competere possit, sed in factum excipiendum sit. D. Hunn. *resolut.* Treutl. vol. 3. *disput.* 26. th. 5. q. 1. D. Rümli. *Exercit.* 22. th. 1. lit. E. Treutl. *d. l.* lit. B.

Neque * opinionem hanc evertit quòd Dn. Bachovius in *animadvers.* ad Treutl. d. l. p. 754. ait; per metus exceptionis oppo-

Nnnnn 3 sitionem

4. sitionem famam patroni parentisque non lædi: licet * enim per exceptionis hujus objectionem personæ hæ verè infamiâ non notentur, tamen fama eorum suggillatur; arg. d. l. 4. § 33. quod sufficit ut exceptio hæc contra eas opponi non possit: cum * reverentia personis hisce debeatur, quæ omninò lædi non debet. Add. Dn. Harpprecht ad §. 1. h. t. n. 11. & seqq.

Controversia II.

Neque doli exceptio contra patronum parentemve locum habet.

Summaria.

Quæ opinio probatur. n. 1. & 2.

Ampliatio. n. 3.

Limitatio. n. 4.

1. **Q**uia * metus exceptio parenti & Patrono obijci non potest, ut contr. preced. evicimus; multò igitur minùs doli mali exceptio:
2. quippe * doli mali exceptio infame habet nomen & verè infamiâ
3. notat. Idque * in tantum verum est, ut nec hæredi parentis patronique opponi ea possit. l. apud celsum. 4. §. 16 ff. d. dol. mal. &
4. & met. except. Nisi * quatenus malitia hæredis arguitur. l. hæredibus 13. d. t. l. si præteritus 15. ff. d. bon. poss. contr. tab. Harppr. hic n. 20. & seqq. D. Rümlin. d. Exercit. 22. th. 1. lit. F.

Controversia III.

Adversus rem judicatam, ob Instrumenta noviter reperta, in integrum restitutio non datur.

Summaria.

De autoritate rei judicatz. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Quæ requirantur ut operetur res judicata. n. 7.

Principalis controversiæ negativa sententia stabilitur. n. 8. & 9.

Obj. & 10. n. 10.

Solutio n. 11.

Obiectio n. 12.

Solutio. n. 13 & 14.

Obiectio. n. 15.

Solutio n. 16. 17. & 18.

Prima Limitatio. n. 19.

Secunda Limitatio. n. 20. & 21.

Rem.

Rem * judicatam pro veritate accipi; respondit Ulpianus in l. res judicata 207. ff. d. R. I. & in l. ingenuum 25. ff. d. stat. homin. Et * licet res aliter se habeat; tamen re judicatâ jus factum est inter litigantes. c. inter vos d. rejudicat. Per * ea etiam, quæ postea emergunt sententia non retractatur: c. inter monasterium & c. fin. eod. tit. & * talis error delectus rem judicatam non retractat. l. cum putarem ff. famil. ercisc. l. 1. C. d. condict. indebit. Imo * etiam iniqua sententia jus facit. l. 1. §. in hoc interdicto ff. d. liber. exhib. Gloss. Vigl. & Dd. in §. 2. instit. quib. non est permiss. facer. test. Arnold. Reyg. in thesaur. pract. v. Res n. 15. ubi hæc limitat. Ut * verò res judicata hosc effectus habeat, tria copulativè requiruntur: 1. eadem persona: 2. eadem res: & 3. ipsamet causa. l. cum queritur 12. ff. d. except. rei judicat. Ioh. Mar. Novar. decis. 196. n. 2.

An * verò adversus rem judicatam ob instrumenta noviter reperta in integrum detur restitutio, valdè controversum est: ubi negativa amplectenda sententia: quam probat l. sub specie C. d. rejudic. ubi rescribit Gordianus Imperator: sub specie instrumentorum res judicatas restaurari exemplo grave esse. Et * in l. Imperatores 35. ff. d. rejudicat. rescripserunt Imperatores Antoninus & Verus: sub obtentu novorum Instrumentorum restitui negotia minimè oportere.

Nec * quidquam ignorantia novorum instrumentorum facere hîc potest: si * enim nova sunt instrumenta & postea reperta; ut habetur in dd. ll. litigatori antè nota esse non potuerunt, sed ignota; & tamen de novo agi causam in allegatis textibus prohibetur.

Quamvis * etiam probabilis & justa sit ignorantia: non * enim attenditur hîc privatum aliquod commodum; sed potius publicum bonum: cum * intersit Reipublicæ quàm plurimum, lites semel sopitas non resuscitari, cujus causâ tantam auctoritatem tantamq; quasi majestatem rei judicatæ esse leges voluerunt.

Minùs * rectè etiam ad dd. ll. responderit quis, eas de jure ordinario accipiendas esse, non ita ut in integrum restitutionis remedium in iis excludatur. Nam * in integrum datâ restitutione res ad idem recideret: cum tamen Imperatores in dd. ll. effectum potius sive rem ipsam considerârint. Quin * in d. 35. ff. d. rejudicat in integrum restitutio expressè satis denegari videtur: dicitur * enim ibi, sub pretextu novorum instrumentorum negotia minimè restitui oportere. Mynsing. 4. observat. 60. Fachin. 1. contrav. cap. 51. Wescenb.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

14.

15.

16.

17.

18.

Wesenb. w. d. re judicat. n. 2. Treutl. p. 2. disp. 23. th. 5. lit. D. ibiq.
Bach. pag. 488. & seqq. Hunn. q. 43. Harppr. hic n. 15. & seqq.

19.

Quæ * opinio limitatur 1. in minore & Ecclesia: quibus ad-
versus rem judicatam in integrum restitutio datur. Anton. Faber
in Codic. libr. 1. tit. 2. definit. 41. num. 2. Novar. decis. 87. num. 1.
& seq.

20.

21.

2. Limitatur * in actore, qui in dolo fuit, & scientiam instru-
menti habuit: ubi * reo ex clausula generali, si qua mihi iusta cau-
sa videbitur, subveniendum erit. Marc. d. Mant. singul. 358. & seq.
Ant. Ayerve d. Ayora sing. collect. forens. c. 39.

Controversia IV.

*Si eadem res petatur, licet aliâ actione, exceptio
rei judicata obstat.*

Summaria.

Fundamentum hujus sententiæ. n. 1. & 2.

Objectio ex l. 14. §. 2. ff. d. except. rei judicat. n. 3.

Solutio. n. 4. & 5.

1.

2.

3.

4.

5.

SI * mandati quis egerit, deinde succumbens negotiorum gesto-
rum ex eodem gestu agere desideret, non auditur: nam * de ea-
dem re ex eadem causa veniente experitur, licet diverso actionis ge-
nere l. de eadem re §. ff. d. except. rei judicat.

Proinde * non obstat l. & an eadem 14. §. actiones 2. ff. d. tit.
Etenim * si diversa subsit petendi causa, actor aliâ actione experi-
iri volens audiendus est. E. g. * si Stichum sibi dari ex causa permu-
tationis petierit actor & succubuerit, deinde eum ex alia causa, ut
donationis &c. petere non prohiberetur. Zang. d. except. part. 3.
cap. 17. num. 45. Dn. Harpprecht. hic num. 6. & seqq. D. Rümelin.
Exercit. 22. th. 2. lit. D.

Controversia V.

*Exceptiones litis finitæ ante litis contestationem
opponi possunt.*

Summaria.

Quæ sint exceptiones litis finitæ. n. 1.

Cur exceptiones istæ litis finitæ & intentionis dicantur. n. 2. & 3.

Exceptio-

Exceptiones litis finitæ in vim dilatoriarum ante litis contestationem opponi possunt. n. 4. & 5.

Quarum exceptionum Privilegium ex jure antiquo esse videtur. n. 6. 7. & 8.

Quo jure adhuc hodiè utimur. n. 9. & 10.

Ratio cur exceptiones peremptoriæ ante litis contestationem opponi possint. n. 11.

Limitatio. n. 12.

De jure Wirtembergico exceptiones istæ peremptoriæ post litis contestationem indistinctè opponendæ sunt. n. 13. & 14.

EXceptiones * litis finitæ sunt exceptio jurisjurandi, transactionis, rei judicatæ, præscriptionis, Sichard. in l. 19. C. d. probat. non competentis actionis: quæ * exceptiones litis finitæ ideò dicuntur, quòd iis objectis lis finiatur; & * intentionis, quia actor hisce ab intentione sua depellitur. Et * hæ ante litem etiam contestatam opponi queunt. l. 7. ff. d. jurejur. ibiq. Dd. communiter & per l. eleganter 23 §. pen. ff. d. condict. indebit. ubi ait Ulpianus J.C. quòd exceptio transactionis ei opponi possit, qui litem vult contestari. Et * quidem exceptiones hæ in vim dilatoriarum opponuntur. Cammergerichts-Ordnung. p. 3. tit. 24. c. 1. & 2. d. lit. contest. in 6. D. Rümlin. Exercit. 22. th. 9. lit. B. Quarum * exceptionum privilegium ex jure antiquo provenisse videtur: nam * exceptionibus hisce in Jure coram Prætorè allegatis & probatis, actionem prorsus denegabat Prætor, neque formulam dabat: ut de exceptione jurisjurandi responsum est in l. nam posteaquam 9. pr. ff. d. jurejur. Alias * verò exceptiones peremptorias, ut doli metus, &c. formulæ inferebat Prætor, & deinde litigantes ad judicem Pedaneum mittebat. D. Bachov. p. 2. disput. 26. th. ult. lit. d. pag. 780. Quo * jure etiamnum hodiè hætenus utimur; ut exceptiones litis finitæ ante litis contestationem opponi possint; aliæ * verò peremptoriæ post eam opponi debeant, in quacunque judicii parte, ut contra Donellum rectè disputat Hunnius p. 2. disput. 26. th. ult. q. 24. Illud * autem exinde rationem habet: quòd per rem judicatam, jusjurandum, transactionem, &c. ipsa controversia finiatur; proinde æquum non est, ut exceptionibus hisce probatis super controversiâ finitâ reus litem contestari cogatur.

Quod * tamen limitatur: si exceptiones hujusmodi altiore indaginem non requirant, sed in continente probari possint; aliàs enim post litem contestatam rejiciuntur. Bartol. & Dd. in d. l. 9. ff. d. jurejur.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

11.

12.

13. Planè * de Jure nostro Württembergico exceptiones hæ Privi-
legiatæ indistinctè post litis contestationem opponi debent: Sürstl.
14. Würtemb. Landrecht. fol. 111. §. vñd obwol. &c. quod * non solum
de exceptionibus in §. præcedente Als da seyn relatis; sed & hisce
similibus, ut non competentis actionis, &c. intelligendum est, ut
notat D. Besoldus *ibid.* disp. 1. th. 58.

Controversia VI.

Judex ordinarius de jure civili ut suspectus recusari potest.

Summaria.

- Judex delegatus de jure civili indubiè ut suspectus recusari potest. n. 1.
An etiam judex ordinarius ut suspectus recusari queat, valde dubium est. n. 2.
Affirmativa sententia probatur. n. 3. 4. 5. 6. 7. 8. & 9.
Quæ de jure Württembergico obtinet. n. 10.
Objectio ex *auth.* si verò contigerit. C. d. judic. n. 11.
Solutio, n. 12. 13. 14. 15. & 16.
Prima ampliatio. n. 17.
Secunda ampliatio. n. 18. 19. & 20.
Judicem suspectum recusans, si causam suspicionis probare nequeat, injuria-
rum conveniri potest. n. 21.
Sicut & tum injuriarum conveniri potest, si exceptiones verbis injuriis al-
legaverit. n. 22.

1. Quid * de jure Civili judex delegatus ut suspectus recusari
2. queat, nullum habet dubium: propter. l. apertissimi. 16. C. d.
3. judic. Sed * an etiam Judex ordinarius recusari possit, valdè con-
4. troversum est? Quod * affirmandum esse censemus. Nam recu-
5. sationis vera ratio hæc est; quia sine suspitione omnes lites proce-
6. dere debent. d. l. 16. Cum * igitur ea ratio & in judice ordinario
7. obtineat; nil impedit quò minùs etiam is recusari possit. D. Rüm-
8. lin. p. 1. disp. 1. th. 17. lit. D. Ut * etiam coram judice suspecto litigare
9. quis cogatur, rationi & æquitati repugnat; D. Bachov. p. 1. disp. 12.
th. 11. lit. H. quin * & rationi naturali contrarium hoc est: cum hæc
ratione justa defensio, quæ juris naturalis, adimeretur. Neque *
facilè inter jus Canonicum & Civile differentia faciendâ; c. 1. x. d.
nov. oper. nunciat. sed * jure canonico expeditum: judicem ordina-
rium ut suspectum recusari posse; c. cum speciali. 61. x. d. appellat. c.
si quis contra 4. & c. licet. 10. in fin. x. d. for. compet. c. suspicionis 39. x. d.
offic. & potest. judic. delegat. Mynsing. 3. observat. 63. etsi * Episcopus
esset

esset. Geil. 1. observat. 33. n. 1. Quæ * opinio à jure nostro Würtembergico comprobata est. p. 1. tit. 14. von Recusation der Richter. &c. fol. 5. 6. vnd dannenhero gemeine Kerserliche Rechte zugeben / daß ein Richter / so suspect vnd verdächtig / recusirt werden könne / & ibi, vmb deren willen ein ordentlicher Richter von rechts wegen recusirt werden kan.

Non * obstat *auth. si verò contigerit C. d. judic. ubi constituitur*: ut judici ordinario suspecto adjunctus dari debeat. Nam * in libero arbitrio recusantis consistit, num adjunctum num verò alium judicem petere velit. acque * non necessitatis, sed voluntatis est, ut adjunctus petatur. Quod * omninò arguit ratio d. *auth.* adposita; ne provinciales recedentes à patria, ad longinqua trahantur examina: ex * qua ratione apparet, in favorem recusantis constitutum esse, ne ad longinqua trahatur examina, quem * favorem utique remittere & alium petere judicem recusans non prohibebitur. Add. Treutl. d. l. Cujac. 9. observ. 23.

Quæ * sententia i. ampliatur: ut iudex etiam ob levem inimicitiam recusari queat. Don. Garf. Mastrill. *decis. 151.* Doctor Marta in *Digest. noviss. v. iudex c. 45.*

2. Ampliatur: * ut iudex tanquam suspectus jure recusetur, si in causa simili judicavit: quoniam sententiæ suæ favere censetur. Quod * tamen tum demum procedit, si par ratio sit utriusque causæ: siquidem * non omne simile idem est, & in una causa plura capita esse possunt, ita ut minimè cognosci possit, ex quo capite iudex ad judicandum motus fuerit. Mastrill d. *decis. n. 63.* & Marta d. l. c. 49. Vid. Bernhard. Græv. libr. 1. concl. 33. per tot.

Quod * si tamen causas suspicionis probare non possit is, qui judicem ut suspectum recusat, tum injuriarum conveniri potest. Vel * si verbis injuriolis exceptionem allegaverit. d. *si non convitit. C. d. injur.* Du. Carpzov. in *jurisprud. forens. p. 4 c. 42. definit. 3. n. 4 & seqq.*

Controversia VII.

Judex, sub clausula recusatione remotâ à Principe datus, ut suspectus recusari potest.

Summaria.

Quæ opinio statuitur. n. 1. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Obiectio. n. 8.

Solutio. n. 9. 10. 11. & 12.

Ooooo

De

10.

11.

12.

13.

14.

15.

16.

17.

18.

19.

20.

21.

22.

1. DE * Jure est Naturali, ut omnes lites sine suspitione procedant,
2. & judex suspectus recusetur; *c. qui suspecti 3. q. 5. Mynsing. 3. observat. 63.* proinde * etiam tum ut suspectus recusari poterit judex, ubi sub clausula *recusatione remotâ* à Principe datus est. Per-
3. quam * grave enim & durum est, coram judice suspecto litigare cogi: ubi pars suspectum judicem habens certa est, eum iniquam pron-
- 4.unciaturum sententiam. Et * licet appellationis remedium super-
5. sit adhuc; tamen satis multum, in prima instantia in vanum litigare, multos sumptus frustra erogare, & * quod omnium maximum videtur, fatalia appellationis interponendæ & introducendæ
6. strictim & punctim observare quem cogi. Insuper * rescripta Principum ita potius interpretanda, ne prosint uni & alteri noceant. *l. ex facto 43 pr. ff. d. vulgar. & pupillar substit. l. nec avus 4. C. d. emancipat. liber. D. Rümlin. p. 2. pandect. disput. 1. th. 19. & exercit. 22. th. 8.*
7. Et * ergo clausula *recusatione remotâ* non de gravibus & legitimis, sed frivolis & illegitimis suspitionis causis intelligenda & interpretanda erit. Geil. 1. *observ. 33. n. 4. Mynsing. d. observ. 63. n. 10.*

8. Frivolè * regerunt hic quidam: sic nil operari clausulâ hanc; cum etiam de jure communi non nisi legitimæ recusationis causæ
9. admittantur. Etenim * secundum jus commune & æquitatem Princeps rescripsisse præsumitur. *l. 2. §. meritò 10. & §. si quis à Principe 16 ff. ne quid in loc. public. c. ex tuarum d. aut. & usu pall Menoch. d. presumpt. lib. 2. presumpt. 9. n. 2 & seqq.* Et * licet etiam clausula hæc *recusatione remotâ* nil præter jus commune operari videatur; tamen
10. autoritas rescripti hujus id operatur maximè, ne frivolæ & illegitimæ recusationis causæ à parte tam facilè opponantur, nec tam
11. facilè à judice admittantur. Et * hæc videtur optima Dd. conciliandi ratio: sic enim Principis rescripto sua constat autoritas, & jus
12. Naturale illæsum conservatur. Quid * igitur opus hîc erit de Principis potestate sine necessitate disputare, an judicem sub clausula *recusatione remotâ* dare possit, annon? Add. Bend. d. Revis. conclus 36. n. 11. Robert. Lancellot. tract. d. attent. part. 2. cap. 6. num. 40. Græv. d. conclus 33. considerat. 1.

De INTERDICTIS.

TITULUS XV.

Controversia I.

Interdicta olim formula non erant.

Summaria.

Formulas olim fuisse interdicta *pr. b. t.* probare videtur. *n. 1. & 2.*
 Quomodo interdicta olim formula fuerint. *n. 3. & 4.*

A It * Imperator Justinianus *in pr. b. t.* quod olim formula & verborum conceptiones fuerint interdicta, quibus Prætor aut iusserit aliquid fieri, aut fieri prohibuerit. Vnde * videri possit, interdicta nil aliud, quàm formulas olim fuisse. Sed * notandum hîc : à Justiniano hoc improprie & tropicè proferri. Etenim * interdicta essentialiter formula non erant, sed iussa & præcepta, quæ olim certis formulis constabant. Dn. Bachov. *part. 2. disputat. 25. th. 1. lit. B. &c. pag. 630.*

Controversia II.

Quædam Interdicta proprietatis causâ comparata sunt.

Summaria.

Exempla interdictorum proprietatis causâ comparatorum. *n. 1. 2. & 3.*
 De interdictis istiusmodi *l. 2. §. quædam 2. circ. fin. ff. h. t. accipienda est.*
n. 4. & 5.

Interdictum * proprietatis causâ comparatum est: quod ei datur, cui Princeps certum modulum aquæ publicæ ex castello, rivo, vel fistula publica ducere permisit: *l. 1. §. ult. ff. d. aq. quotid. & æstiv. & interdictum * de itinere actuq; privato; l. 3. §. hoc autem 13. ff. d. itin. act. privat. Anton. Matth. ad §. 1. h. t. pag. 351. plura exempla recenset Harppr. n. 19. & seqq.* Hæc q; * Interdicta non possessionis solum, sed etiam proprietatis causam habent. Et * sic accipienda est *l. 2. §. quædam 2. circ. fin. ff. h. t.* Novum * enim non est, ut vocula Non pro non solum in legibus nostris usurpetur, ut in *l. ult. §. ult. versic. novicius autem, &c. ff. d. Aedilit. Edict. l. 1. ff. d. termin. mot. l. si pater 41. ff. solut. matrimon. Harppr. d. l. n. 22.*

Controversia III

Præter tres interdictorum species adipiscenda, retinenda & recuperanda possessionis, quarta, conservanda sc. possessionis, non datur.

Summaria.

Quæ sententia probatur n. 1. & 2.

1. **Q**uæ * opinio ex eo probatur: quod is, qui retinet, conservare dicatur in l. per procuratorem 72. ff. d. procurat. Et * alias rerum species fingere sine legibus non licet. Menoch. prælud. retinen. poss. num. 15. & seqq. Treutl. part. 2. disputat. 25. th. 1. lit. F. ibique Dn. Hunnius q. 5. Bachov. pag. 643.

Controversia IV.

Agenti interdicto quorum bonorum dominis exceptio objici nequit.

Summaria.

Cui datur interdictum hoc. n. 1. 2. & 3.

Interdictum hoc substituto, vel fideicommissario non competit. n. 4.

Contrà titulo possidentem non datur. n. 5.

Limitatio hujus. n. 6.

Fundamentum principalis controversiæ. n. 7. 8. & 9.

Limitatio ejus. n. 10.

Sublimitatio. n. 11.

Obiectio. n. 12.

Solutio. n. 13.

1. **I**nterdictum * quorum bonorum illi datur, ad quem bonorum possessio successionis jure delata est: §. ex adipiscenda 3. h. t. l. 1. ff. quor. bonor. & * directum quidem possessori accommodatur, cui ex jure Prætorio; utile * verò, cui ex jure Civili hæreditas delata est. Glossa, Bartol. & Ripa aliq; Dd. in d. l. 1. ibiq; Welsensb. in w. Harpprecht. in d. §. 3. n. 11. & seqq.

4. **Q**uod * interdictum substituto vel fideicommissario non competit, qui impedire non possunt heredem, quo minùs in bonorum possessionem mittatur. Ferrar. Ganguar. consil. 44. n. 46. volum. 2.

5. **N**ec * contra titulo, sed pro hærede, possidentem datur. d. l. 1. in pr. Covarruv. practic. quest. c. 12. n. 2. Bachov. in not. ad Treutl. pag. 2. disp.

disp. 25. th. 1. lit. H. p. 649. Hunn. *ibid.* q. 12. p. 634. Dn. Harpprecht. d. l. n. 30. & seqq. Quod * procedere, quando possessor habuit titulum ante mortem defuncti, aliàs secus esse; asserit Ofsac. *decis.* 26. num. 12.

An * verò agenti hoc interdicto dominii exceptio possit objici, non minùs controversum est? quod * nos negandum esse statuimus. Nam * summarium est interdictum hoc; nullam igitur exceptionem altiore indagine requirentem admittit. *l. si is à quo 3. ff. ut in possess. legat. & c.*

Quæ * opinio limitatur in casu, quo dominii exceptio in continenti probari potest. Jacob. Menoch. *retin. possess. remed.* 1. n. 102. & seqq. Cachieran. *decis.* 26. n. 1. Modò * non sub prætectu hoc restitutio differatur diutius, & ita vis & potestas interdicti hujus eludatur: contra *l. ult. C. h. t.* ubi omnibus amputatis frustrationibus res restitui jubentur. Bachov. p. 2. disp. 25. th. 1. lit. G. p. 648.

Neq; * obstat illa ratio: quòd causæ possessionis & proprietatis commisceri non debeant. *l. pen. ff. d. adquir. possess.* Respondetur * namq; regulam hanc idèò hic non procedere: quòd dolo faciat, qui petit id, quod statim restituere necesse habet. Bartol. *in d. l. 1. & in l. ult. C. quor. bon. ibidemq;.* Bald. & Salycet. Castrenf. *in l. si de vi 37. ff. d. judic.* Dn. Harppr. d. l. n. 42. & seqq. Hunn. *in resolut. in Treutler.* d. l. quest. 11.

Controversia V.

Interdictum Salvianum in solo locationis con- ductionis casu obtinet.

Summaria.

A quo denominetur Salvianum interdictum. n. 1.

Cui detur interdictum hoc. n. 2.

Differentiæ Salviani interdicti & hypothecariæ actionis, remissivè. n. 3.

Præcipuè differentiæ referuntur. n. 4. 5. & 6.

Pinguius est Salviani interdicti remediū hypothecariæ actionis remedio. n. 7.

Cauti Advocati interdicti Salviani potius, quàm hypothecariæ actionis remediū intentare solent. n. 8.

Si contra tertium Salvianum interdictum instituatur, excussio principalis non ita necessaria est, ut in hypothecaria actione. n. 9.

Principalis controversia stabilitur. n. 10. 11. 12. & 13.

Obiectio ex *l. 1. C. d. precar. & Salvian. interdict.* n. 14.

Solutio. n. 15. & 16.

Autoris sententia est communior, receptior & practica. n. 17.

Salvianum interdictum adversus inquilinum quoque urbani prædii locum habet. n. 19. 20. & 21.

1. **I**nterdictum * Salvianum à Nobili JC. Salvio Juliano, Edicti per-
2. **P**etui conditore & Interprete, ita denominatum, D. Harpprecht. *ad §. adipiscenda 3. h.t. n. 52.* datur * domino eidemq; locatori, ad-
3. **v**ersus colonum sive conductorem pro rebus in prædium rusticum illatis & in vectis & ratione mercedis expressè obligatis, ad possessionem istarum rerum consequendam. *d. §. 3. in fin. t.t. ff. d. Salvian. interdict. l. 1. C. d. precar. & salvian. interdict.* Paul. Christin. *decis. Belgic. 145. n. 3. pag. 242.* Dn. Harppr. *d. l.* In * quibus differat interdictum hoc ab hypothecaria actione; tradit Doctor Marta *in Digest. noviss. verb. interdict. Salvian. c. 11.*
4. **I**n * hoc verò in primis differt Salvianum interdictum ab hypothecaria, 1. quòd in illo summarius, in hoc verò ordinarius processus requiratur: 2. quòd * illud exceptionem, altiore indaginem requirentem, non admittat; proinde nec appellatio detur: &
5. *** 3.** in hypothecaria actione dominium rei hypothecatæ debitoris fuisse probandum est; in Salviano verò interdicto, eam in bonis debitoris fuisse, probare sufficit: etiamsi contra tertium ageretur.
6. **E**x * quo animadvertere licet, pinguius & utilius esse Salviani interdicti remedium, quàm hypothecariæ actionis: ut * ideò cauti Advocati potius illud quàm hanc intentare soleant. Marta *d. l. c. 4.* ubi * addit: quòd, si contra tertium agatur, excussio principalis non sit necessaria, sicut in hypothecaria necessaria est.
7. **A**n * verò Salvianum hoc interdictum in solo locationis con-
8. **d**uctionis casu obtineat, controversum quoq; est? Ubi * nos affirmativam sequimur sententiam. Nam * textus *in d. §. 3. versic. interdictum quoq; &c.* expressè satis loquitur de casu, quo dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset, neque * ullus apparet juris textus, quo adversus alium, quàm conductorem, vel alii quàm locatori, Interdictum hoc accommo-
9. **d**etur.
10. **N**eque * obstat. *l. 1. C. d. precar. & Salvian. interdict.* ibi: *id e-*
11. **n**im tantummodò adversus conductorem debitoremve competit. Etenim * verba hæc *locatorem debitoremve* non disjunctivè, sed conjunctivè intelligenda sunt; siquidem * oppositio fit *in d. l. 1.* non inter loca-
12. **t**orem

torem & debitorem; sed inter tertium & debitorem, qui simul locator est. Ita textum hunc intelligunt Donellus *ibi*: n. 3. Harppr. *ad §. h. 3. n. 58.* & Hunn. *part. 2. disput. 25. th. 2. lit. D. q. 29.*

Quam * veriore & receptiore esse sententiam, neque * in Praxi ab ea recedendum; tradit Menoch. *d. adipisc. poss. remed. 3. n. 23.* Bald. Salycet. & Donell. *in d. l. 1. C. d. prec. & salvan. Anton. Tesc. laut. decis. 176. n. 10.* Doctor Marta *d. l. c. 2. Anton. Fab. in error. pragmat. decad. 28. c. 1. cum seqq. & decad. 60. err. 5. & 6.* Iohann. Baptist. Costa *l. 1. tract. d. remed. subsidiar. remed. 41. n. 1. & 2. fol. 49.* Anton. Merend *libr. 5. contr. jur. c. 371. & seqq.*

Utile * tamen interdictum Salvianum adversus inquilinum urbani prædii locum habet: quamvis * enim verba interdicti Salviani de illatis & in vectis in prædium rusticum concepta sint; tamen mens interdicti hujus & illatis & in vectis in urbanum prædium convenit: quippe * prædium urbanum locatur, & in eum res invehuntur. Menoch. *adipisc. poss. remed. 3. n. 51.* Weseub. *æ. d. Salvian. interdict. n. 3.* Neguzant. *tr. de pignor. p. 4. membr. 1. n. 5.* Treutl. *d. disp. 25. th. 2. lit. F. ibiq. Hunn. q. 30.*

Controversia VI.

Colonus & inquilinus naturaliter non possident.

Summaria.

Quæ opinio probatur. n. 1. 2. 3. 4. & 5.

Obiectio ex *l. colonus 12. & l. cum fundum. 18. ff. d. si & vi armat. n. 6.*

Solutio n. 7. 8. 9. & 10.

Colonus, mercedem non solvens & domino possessionem intervertens, prædium conductum 30. annis præscribere potest. n. 11.

Sic nec obstat *l. 2. 7. §. ult. C. d. præscript. 30. vel 40. ann. n. 12.*

Colonus * & inquilinus naturaliter non possidere, colligitur ex *§. 5 h. t.* ubi in dominorum possessione esse, & domini per eos possidere dicuntur. Et * ex *l. si de eo fundo 40. §. 1. ff. d. adquir. vel omitt. possess.* in qua similiter dominum per colonum possidere, & si decesserit dominus, possessionem per eum retineri, traditur. Etenim * diversa sunt tenere & possidere; *l. 9. ff. d. R. V. circ. fin.* licet * igitur prædium teneant colonus & inquilinus; tamen id non possident. *d. l. 9.* Nec * etiam digna videtur appellari possessio, pro

Ppppp

qua

17. 18.

19.

20.

21.

1.

2.

3.

4.

5.

- qua asserenda nullum juris remedium competit; pariter ut dominium non dicitur, quod nullam vindicationem habet. Quod * verò colonus & inquilinus interdictum *unde vi* non habeant, constat ex l. 1. §. 10. ff. d. vi & vi armat. cum tamen naturalis possessio ad interdictum *unde vi* pertineat. l. 1 § de jicetur. ff. d. tit.
7. Objicitur * l. colonus 12. & l. cum fundus 13. ff. d. vi & vi armat. in quibus textibus colono de possessione dejecto interdictum *unde vi* conceditur. Sed * respondemus in dd. ll. colonum domino possessionem intervertisse sibiq; asseruisse. D. Magir. in comment. d. possess. c. 2. n. 4. & 5. Quod * sit si tale quid intercedat, quod incompatible sit cum natura & qualitate coloni: ut si mercedem seque colonum esse neget. Bach. p. 2. disput. 21. th. 4. lit. E. Et * ergo in d. l. 12. & 18. coloni non tanquam coloni, sed tanquam suo nomine possidentes experiuntur. Add. Menoch. recuper. poss. remed. l. n. 62.
11. Unde * colonum, si mercedem solvere recusarit, seque colonum esse negarit, atque ita domine possessionem interverterit, dominium prædii conducti 30. annis præscribere; tradunt Bartol. & Salycet in l. 2. C. d. præscript. 30. ann. Gloss. & Castrenf. in l. 1. C. d. usucap. Dn. Benedict. Carpzov. in Jurisprud. forens. part. 2. cap. 3. definit. 17. per tot.
12. Quomodo * nec obstat l. 2. & 7. §. ult. C. d. præscript. 30. ann. ex quibus textibus haud obscure colligitur, quod nec 30. aut 40. annorum præscriptione colonus, vel Emphyteuta, quò minus dominum agnoscat eiq; rem restituat, defendere se possit. Carpzov. d. l. num. 3. & 4.

Controversia VII.

Nec commodatarius & depositarius naturaliter possident.

Summaria.

Quæ opinio probatur. n. 1. 2. & 3.

Obiectio ex l. 2. §. 1. ff. pro hered. n. 4.

Triplex solutio. n. 5. 6. 7. & 8.

1. Commodatarium * & depositarium naturaliter non possidere; firmatur ex l. possideri autem 3. §. sed si is 20. ff. d. adquir. vel omit. t. possess. ubi Paulus JC. iis possessionem denegat. Nam * commodatarius
- 2.

datarius & depositarius similiter ut colonus & inquilinus remediis possessoriiis uti non possunt: cum * jus in re non habeant, sed detentio eorum ex obligatione personali solum dependeat. D. Magir. *comment. d. poss. c. 2. n. 6. & 7.*

Non * obstat l. 2. §. 1. ff. *pro hered.* ibi * enim colono, depositario & commodatario abusivè attribuitur naturalis possessio. Vel * resp. quòd duplex sit naturalis possessio: una quæ effectum juris habet & pro qua remedia possessoria competunt; altera quæ effectum juris non habet, qualis est nuda coloni, depositarii & commodarii detentio. Vel * sic, in d. l. 2. colono, commodatario & depositario non attribui naturalem possessionem; sed ab ea Julianum IC. argumentari: ita * quidem ut, si is, qui reverà sive civiliter sive naturaliter possidet, sibi possessionis causam mutare non possit, nec ei liceat qui detinet solum, ut colonus, depositarius & commodatarius.

Controversia VIII.

Duo unam & eandem rem in solidum possidere possunt.

Summaria.

Duo unam & eandem rem in solidum possidere non possunt. n. 1. & 2.

Quæ regula limitatur. n. 3. & 4.

Quæ limitatio exemplis illustratur. n. 5. 6. 7. 8. 9. 10. & 11.

Instantia ex l. 3. §. 5. *versic. quoniam & c. ff. d. adquir. vel omitt. poss.* n. 12.

Quæ limitatur. n. 13. 14. 15. 16. 17. & 18.

Regula * aliàs est: duos eandem rem in solidum possidere non posse: non * magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quàm ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto; vel in quo sedeo tu sedere videaris, veluti traditur in l. *possideri autem* 3. §. *ex contrario* 5. *circ. fin. ff. d. adquir. vel omitt. posses.*

Veruntamen * Regula hæc suam infallibilem omniq; exceptione majorem habet exceptionem & limitationem: nam * intelligenda ea est de eodem possessionis genere, modo, & effectum, ut Regulam hanc eleganter limitat & explicat Dn. D. Magirus Præceptor quondam meus fidelissimus in *commentar. d. posses. c. 7. per tot.* Ita * unus civiliter possidere potest, alter naturaliter l. *clam possidere* 6. §. 1. ff. *d. adquir. vel omitt. posses.* & evidentissimè responsum est in l.

6. & habet 15. §. eum qui 4. ff. d. precar. D. Rümelin. Exercit. 23. th. 5. quicquid * alii ad l. h. 15. divinentur & nugentur. Bach. p. 2. disp. 21. th. 4. lit. K. pag. 321. & seqq. Ita * etiam maritus & uxor fundi dotalis possesores in solidum dicuntur in l. sciendum 15. §. si fundus 3. ff. qui satisd. cogunt. licet * enim eodem effectum ad evitandam sc. satisfactionem fundi dotalis possesores sint; tamen * alio & diverso modo eum possident, nimirum maritus quò ad administrationem & fructuum perceptionem; uxor verò ratione proprietatis. Itidem * sic non solum duo justè, sed etiam duo injustè possidere possunt, ut unus vel alter clam possideat: meritò * enim eo nomine reprehensus est Trebatius à Labeone in d. l. possideri 3. §. 5 ff. d. acquir. vel omitt. posses.
12. Sed * ingentem scrupulum injicit d. §. 5. versic. quoniam &c. ex quo videri posset: Paulum in ea esse sententia, neque duos justè neque duos injustè: neque unum justè, alterum injustè in solidum possidere posse. Quem * scrupulum ita eximere sibi quis facile poterit, si attendat: Paulum in d. §. 5. versic. quoniam Labeonis sententiam approbare, statuentis; non solum unum justè alterum injustè, sed & duos justè & duos injustè (præsuppositâ tamen semper ante traditâ limitatione & explicatione) rem in solidum possidere posse. Nam * si nil impedit, ut argumentatur Paulus ibi, ut ex Trebatii sententia unus justè, alter injustè possideat; nil etiam verabit, duos justè & duos injustè possidere: siquidem, * ut subicit idem Paulus: non multum interest justè quis an injustè possideat, cum nihilo secius eadem res in solidum possideatur, & tamen sic duo in solidum possidere possint; quid * ni igitur & duo justè vel duo injustè possidere possent? Et * ergò si ex juris autoritate non attenditur possessionis naturalis ratio, ubi unus justè alter injustè possidet; etiâ attendi ea non debet, si duo justè, vel duo injustè possideant; ut * tamen hoc de diverso genere possessionis, modo & effectu intelligatur & accipiatur.
- 13.
- 14.
- 15.
- 16.
- 17.
- 18.

Controversia IX.

Filius à parente & libertus à patrono juramentum calumnie exigere nequeunt.

Summaria.

Fundamenta hujus opinionis. n. 1. & 2.

Objeccio ex l. 34. §. 4. ff. d. jurejur. n. 3.

Qui textus tanquam mendosus secundum Florentinam editionem, affirmati-
vè legendus est. n. 4.

Cum qua lectione Noricus Codex, Basilica & vetus editio correspondent.
n. 5. 6. & 7.

Quæ * sententia firmatur ex l. si patronus 16. ff. d. jurejuran. l. li-
cet 7. §. nec deferentes ff. d. obseq. parent. & patron. præstand. l.
qui bona fide 13. §. sed si 14. pen. ff. d. damn. infect. l. de die 8. §. jube-
tur. §. pen. ff. qui satisd. cogunt. Nam * liberto & filio semper hone-
sta & sancta persona patris ac patroni videri debet. l. liberto 9. ff. d.
obseq. parent. & patron. præstand.

Quod * attinet ad l. iusjurandum 34. §. 4. ff. d. jurejurand. in
qua Florentina lectio ita habet: Hoc iusjurandum de calumnia neque
patrono neque parentibus remittitur, mendum Florentinæ Editionis
esse videtur. Proinde * Accursius, Salycetus & Castrensis affirma-
tivè locum hunc legere malunt ita: Hoc iusjurandum de calumnia æ-
què patrono ac parentibus remittitur. Et * ita etiam in Norico codice
legitur. Gothofred. ad d. l. 34. Eademq; * lectio in Basilicis appro-
batur, lib. 22. tit. 5. c. 32. hisce verbis: ὁ ἐπὶ γων πρῶτος ὁμνυσι τὸν ὡς
συκοφαντίας, ἐὰν ἀπατηθῇ, ὃν ὅτε ὁμνυσι πατὴρ ἢ πατέρων, id est: in-
ferens primus jurat alicui de calumnia si exigatur, cui non jurat pater aut
patronus. Cujac. 9. observat. 37. Dn. Rümlin. p. 3. pand. disput. 2. th.
14. Et * quod vetus Editio de Anno 529. habeat: æquè parentibus
patronisq; remittitur; notat D. Bachovius p. 1. disputat. 21. thes. 4.
lit. C. pag. 796.

Controversia X.

*A iudice incompetente citatus venire &
comparere debet.*

Summaria.

Citatio superioritatem & subjectionem in citato infert. n. 1.

Citatio ab incompetente iudice commissa de jure nulla est. n. 2.

A iudice incompetente citatus venire nihilominus & incompetentiam alle-
gare debet. n. 3. 4. 5. & 6.

Limitatio in casu, quo notoriè incompetens esset iudex. n. 7. & 8.

Opinio nostra de notissima Germaniæ consuetudine observatur. n. 9.

Citatio * superioritatem denotat, & subjectionem in eo qui cita-
tur. Gloss. in c. cum causa ubi Abb. & Felin. d. offic. delegat. Boer.
q. 8. n. 5. Anton. Fab. in Codic. libr. 2. tit. 12. definit. 23. n. 5. in alleg.

2. p.m. 216. Unde * citationem ut ab incompetente iudice emissam, de jure nullam esse, consulvit Johan. Vincent. Hondedæ. *consultat.* 26. n. 24. part. 2. Bernhard. Græv. lib. 1. *conclus. practic.* 48. num. 10. pag. m. 127.

3. Hinc * controvertitur inter interpretes nostros, An ab incompetente iudice citatus venire & comparere nihilominus teneatur? Quod * nos affirmandum esse sentimus: licet * enim incompetens sit iudex, & ided nulla ei jurisdictio in citatum competat, tamen citatus comparere & incompetentiam iudicis allegare debet: cum * semper præsumatur pro iudice quod justè & secundum juris ordinem agat.

4. 5. Quæ * opinio tamen limitatur in casu, quo dubitatur de citantis jurisdictione, l. ex quacunque causa 2. pr. ff. si quis in jus vocat. non iur. Proinde * si notoriè constaret, incompetentem esse iudicem citantem; citatus comparere haud cogeretur. l. ult. ff. d. jurisdict. l. contumacia 53. §. ult. ff. d. judic.

6. 7. 8. 9. Quam * opinionem de notissima Germaniæ consuetudine observari; testatur Mynsinger cent. 6. observat. 7. n. 7. eandemq; defendunt Gloss. in d. l. 2. si quis in jus vocat. & c. Bartol. in l. non videtur. 3. ff. d. judic. Robert. Marant. in specul. aur. part. 6. n. 39. p. 310. Bernhard. Grævæ. lib. 1. *conclus.* 48. *considerat.* 2. num. 2. & seqq. Jacob. Thoming. *consil.* 13. vol. 1. Petr. Wesenbec. *consil.* 5. q. 1. Georg. Eberhard. *consil.* 17. vol. 1. D. Besold. in *delibat. ex libr. 5. pandect. quæst.* 10. D. Rümlin part. 1. *pandect. disputat.* 4. th. 24. lit. B. & C. Ludovic. Gilhaus. in *arb. judiciar civil. tit. d. citat.* n. 11. p. 130. Eberhard. Speckhan. cent. 1. q. 58.

Controversia XI.

Ad certam causam citatus ad aliam respondere non tenetur.

Summaria.

Citatio est principium & fundamentum iudicii, n. 1.

Quæ semper præcedere debet. n. 2.

Præsens in iudicio citari potest, ut in alio termino respondeat. n. 3.

Ad certam causam citatus ad aliam in eodem termino respondere non tenetur. n. 3 4. & 5.

Limitatio. n. 6. & 7.

Citatio

Citatio * cū sit principium & fundamentum iudicii; §. fin. *h. t. c. quoniam 11. x. d. probat.* ideoque semper præcedere debet. Unde * licet præfens citari possit, ut in proximum compareat & instructus veniat; Lanfranc. d. Orian. in c. quoniam contra x. prop. in verb. citationes post princip. Grævæ. lib. 1. concl. 51. considerat. 1. & 2. tamen * ad certam causam citatus ad aliam in eodem termino respondere non tenetur. Quod * probat l. 2. §. 3. ibi: quoniam ob aliam causam venerit: item ibi, alterius tutelæ, cujus causâ non erat vocatus, non debere compelli iudicium suscipere ff. d. iudic. Nam * ad defensionem ejus causæ ad quam citatus non fuit, præparare se non potuit. Innocent. in c. licet x. d. offic. delegat. Lanfranco. in d. c. quoniam x. d. probat. tit. 2. cit. n. 2. Marant. d. p. 6. n. 13. p. m. 307. Berlich. pract. conclus. p. 1. conclus. 10. n. 17. Grævæ. libr. 1. conclus. 51. considerat. 1. n. 1. & 2. Gilhaus. n. 1. & 19. p. 132. Carpzov. in jurispr. forens. p. 1. constit. 3. definit. 17. per tot. D. Rümlin. p. 1. pandect. disput. 4. th. 30. Treutler. p. 1. disp. 4. th. 3. lit. D.

Quæ opinio limitatur: si tractetur de actu aliquo singulari, VC. audiendi sententiam, videndi jurare testes, &c. ubi tergiversationi locus esse non videretur; non * enim magnâ præparatione opus hîc esset. D. Bach. disp. 4. th. 3. lit. D. p. 144.

De PUBLICIS JUDICIIS.

TITULUS XVIII.

Controversia. I.

Populares actiones publica judicia non sunt.

Summaria.

Quæ sint & dicantur publica judicia. n. 1. & 2.

Quare dicantur publica judicia. n. 3. & 4.

Quam ob causam judicia publica facta sint. n. 5.

Instantia diluitur. n. 6.

Concluditur, populares actiones publica judicia non esse. n. 7.

Improprie tamen publica judicia dici possunt. n. 8. & 9.

Illa * publica dicuntur judicia, quæ ex legibus iudiciorum publicorum veniunt: l. 1. ff. d. public. jud. sine * lege enim nullum est publi-

publicum iudicium. *l. pravaricationis 3. §. ult. ff. d. pravaricat.* Ideò
 3. * autem publica vocantur iudicia; quòd executio eorum cuivis ex
 4. * quidem à priori sed posteriori, ita sc. ut ideò cuivis de populo exe-
 cutio eorum detur, quia publica facta sint. Treutl. *part. 2. disputat.*
31. th. 1. lit. F.

5. Sed * quare iudicia hæc publica facta, verior est hæc ratio:
 quòd per ista delicta magis lædi videatur Respublica, & quæ adeò
 vindicari magis interesse Reipublicæ credatur. Bachov. *d. th. 1. lit. A.*
 6. *pag. 1141. & seqq.* Tametsi * enim & in criminibus extraordinariis
 lædatur Respublica; tamen non tantoperè lædi videtur, quàm per
 hæc delicta, pro quibus coërcendis publica iudicia constituta sunt,
 ut sic gradus læsæ Reipublicæ dari possint.

7. Et * ergò quia populares actiones nullis publicorum iudicio-
 rum legibus comprehensæ, publica iudicia non erunt. Impropiè
 8. * tamen publica iudicia dici queunt: *l. eum qui 3. §. in popularibus*
 9. *3. ff. d. jurejur.* Bachov. *d. th. 1. lit. A. pag. 1141. & seqq.* nimirum *
 eo intuitu, quòd executio eorum cuivis de populo pateat. *l. 1. & l.*
popularis 4. ff. d. popul. act. Dn. Harpprecht. *ad d. §. 1. h. t. D. Rümlin.*
Exercit. ult. th. 1. lit. C.

Controversia II.

*Vox illa Peinlich non ad pœnas solùm corporis
 afflictivas pertinet; sed etiam ad alias le-
 viores extenditur.*

Summaria.

Distinguitur quatenus Grammaticè & quatenus ex usu juris vox illa *Peinlich*
 consideratur. n. 1. & 2.

Fundamenta hujus sententiæ. n. 3. 4. 5. 6. & 7.

Limitatio. n. 8.

Instantia removetur. n. 9.

Petri Frideri Mindani argumentationi respondetur. n. 10. 11. & 12.

1. **A**N * vox illa *Peinlich* ad pœnas solùm corporis afflictivas per-
 tineat, an verò alias etiam leviores contineat, controversum est.
2. Et * sanè si genuinam vocis istius significationem & Grammaticam
 Etymologiam excutiamus, ad pœnas solùm corporis afflictivas per-
 tinebit; sin verò ex usu juris vocem istam perpendamus, ad alias e-
 tiam

tiam leviores præter corporis afflictivas extendenda erit. *Vid.* Ernest. Cothman. *respons. Academic.* 1. n. 191. & *seqq.* Meth. Stephan. in *constit. criminal.* Caroli V. Imperat. in *proem.* Besold. in *tractat. d. appellat. c. 7. n. 4. pag. 217.* & in *thesaur. practic. verb. Peinlich.* Nam * in Constitutione criminali Augustissimi Imperatoris Caroli V. de multis aliis pœnis tractatur, quæ non corporis afflictivæ, sed vel infamiae sunt, vel confiscationis bonorum, privationis dignitatis, arbitrariæ, vel pecuniariæ, &c. & tamen Rubrica constitutionis illius est generalis (*Peinlich Gerichts Ordnung*) proinde ad omnes pœnas in *d. constit.* comprehensas extendenda. Et * licet titulus *d. constit.* inscribatur *Peinlich Halsgericht*; tamen rubrica inscribitur *Peinlich Gerichts Ordnung* idè * sc. quia aliæ etiam pœnæ in ea decernantur, quæ non corporales (*welche nit zu Haut vnd Haar gehen*) ut sic Rubrica toti operi corresponderet. Sed * & opinionem nostram evidentius probat Rubrica *Constit. criminal. artic. 104.* *wie mann Missethat Peinlich straffen soll / & d. artic. ibi,* *keinerley Peinlicher Straff am Leben / Ehren / Leib / oder Glieder.* Item * rubrica *Peinlicher Schmähung artic. 110. & in artic. ibi,* *An seinem Leib / Leben vnd Ehren Peinlich gestrafft werden möchte:* in quibus sanè locis pœna infamie pœnis criminalibus (den *Peinlichen Straffen*) accensetur. Dn. D. Reinking. *d. regim. secul. & Ecclesiast. lib. 2. class. 2. cap. 14. num. 38. & mult. seqq.* ubi plura argumenta & exempla adducit.

Limitatur * verò opinio nostra, ut tum demum vera sit: si talis pœna, quæ non corporis afflictiva, ex iudicio publico irrogetur, non si ex privato iudicio; licet * enim actiones ex privatis delictis descendentes, criminales (quia sc. ex delictis oriuntur) dici possint; tamen eæ, quæ ex iudicio publico oriuntur, propriè magis criminales dicuntur.

Unde * argumento D. Frideri Mindani *d. process. lib. 1. cap. 12. num. 22.* satisfieri potest, quando ait: potestatem actionis civilis einer *Burgerlichen Klage* apud Germanos etiam ad mulctam *Fisco* applicandam extendi debere. Hoc * enim verum esse potest: si actio illa ex privato delicto orta fuerit; ut si actio injuriarum criminaliter intentata esset, suo modo & sensu civilis dici posset: nimirum * prout opponitur actioni live potius accusationi, quæ ex publico delicto descendit.

Controversia III.

Crimen læsæ Majestatis non adversus Imperatorem solum, sed etiam alios Reges, Principes & Respublicas, superiorem non recognoscens committitur.

Summaria.

Quæ opinio probatur. n. 1. & 2.

Ampliatio. n. 3. & 4.

Objectio. n. 5.

Solutio. n. 6. & 7.

1. **E**Xteros * Reges, Principes & Respublicas, superiorem non recognoscentes, verâ Majestate pollere; docuit D. Besold. in dissert. d. Majest. c. 4. per tot. sect. 1. & Dn. D. Lansius in discurs. d. L. Reg. th. 49.
2. Si * igitur verè majestate præditi sunt exteri Reges & Principes; etiam crimen læsæ majestatis verè & propriè contra eos committitur. Tiber. Decian. tract. crimin. lib. 7. c. 4. n. 6. Mynsing. respons. 44. n. 10. decad. 5. & 5. observat. 41. hosque laudans Bocer. d. crimin. Majest. c. 1. n. 38. Ludolph. Schrader. in tract. feudal. part. 30. sect. 1. n. 35. Sixtin. d. Regal. libr. 2. c. 20. n. 14. Heironym. Gig. in tr. d. crimin. læsæ majest. lib. 1. rubric. 3. q. 28. & 61. & lib. 3. rubric. 3. q. 23. Jul. Clar. lib. 5. §. læsa Majestas n. 2. Besold. d. c. 8. n. 8. pag. 43. & seqq. Dn. Bachov. part. 2. disputat. 32. th. 1. lit. B. pag. 1222. D. Rümlin. Exercit. ult. th. 3. lit. B.
3. Quæ * sententia ampliatur ut vera sit, sive Exteri Reges ac
4. Principes isti jure Justiniano utantur sive non: licet * enim crimen hoc in exteris subditis forsan non vindicaretur, ut in subditis Imperii Romani; tamen pœnæ diversitas facere non potest, ut eo minus crimen læsæ Majestatis de jure Gentium commissum sit.
5. Neque * obstat: quòd cæteri Reges in Recessibus Imperialibus titulo E. Königl.iche würde / non verò E. Königl.iche Majestät / &c. compellantur. Dn. D. Reinking. d. regim. secular. & Ecclesiast. libr. 1. class. 3. c. 11. n. 13. & seqq.
6. Etenim * vis, ut respondet Dn. Besold. d. l. non in nomine, sed in potestate posita est; hocq; maiorem non superioritatem respicit: negari * enim non potest, aliquam
- 7.

aliquam Imperii Romano-Germanici prerogativam esse. Bach. d.l. pag. 1223. Add. Hunn. q. 3.

Controversia IV.

Crimen læsæ Majestatis adversus Consiliarios Principis committi potest.

Summaria.

Controversia hæc per distinctionem deciditur. n. 1. & 2.

Distinctionis ratio. n. 3. 4. & 5.

IN * hac controversia distinguendum est: An quis odio & contemplatione Principis, an verò privato odio ipsius consilarii aliquid in Principis consilium molitus fuerit: illo * casu criminis læsæ Majestatis reus est; hoc verò casu non item. Distinctionis * hujus ratio est: quòd in l. quisquis §. C. ad L. Iul. Majest. consilarii pars corporis Principis non absolutè, sed quâ tales dicantur: nec * etiâ crimen læsæ Majestatis adversus eos simpliciter & quâ tales committi tradatur. Pœna * quoq; criminis hujus cum aspera satis & dura sit; proinde quàm maximè fieri potest, restringenda erit. Ita distinguunt Menoch. consil. 57. n. 6. Cravett. consil. 9. n. 79. Wesenb. consil. 59. n. 6. Besold. p. 2. delib. ex libr. 46. pandect. q. 11. Petr. Theodoric. in colleg. crimin. disput. 5. th. 5. lit. C. Treutl. p. 2. disp. 32. th. 1. lit. C. ibiq; Bach pag. 1224. & Hunn. q. 7.

1.

2.

3.

4.

5.

Controversia V.

Pœna criminis læsæ Majestatis ad nepotes minimè extenditur.

Summaria.

Fundamentum hujus opinionis. n. 1. 2. & 3.

Objectio ex c. felici §. quòd si prædictorum. d. pœn. n. 4.

Solutio. n. 5.

Constitutio * l. quisquis §. C. ad L. Iul. Majest. nominatim de filiis loquitur; quorum * appellatione ex verbi proprietate nepotes non continentur: nisi interdum in favorabilibus ex justa juris interpretatione, ut diximus suprâ libr. 1. t. 14. contr. 2. Cum * autem pœna criminis læsæ Majestatis nimis dura sit & aspera & sic valdè odiosa,

1.

2.

3.

in primis in liberis, qui nullius culpæ rei videntur; proinde ea ad nepotes minimè extendenda est. *cap. odia d. R. jur. in 6.*

4. Graviter * autem ob stare videtur *cap. felix §. quod si quis præ-*
 5. *torum. d. pæn in 6.* Respondet * Dn. D. Bocerus *in tract. de crimin. læs. Majest. cap. 3. n. 68* & eum secutus Hunnius *p. 2. disp. 32. th. 1. lit. K. q. 18.* speciale esse in crimine perduellionis in Cardinalem Ecclesiæ Romanæ commissio; quocirca ad quodvis crimen læsæ Majestatis extendi id non debere. *Addat. D. Bachov. d. thes. 1. lit. K. pag. 1224. Dn. Harppr. ad § 3. h. t. n. 40.*

Controversia VI.

*Bona reorum criminis læsæ Majestatis ante
sententiam ipso jure fisco vindicantur.*

Summaria.

Quæ sententia stabilitur. n. 1. 2. 3. 4. 5. & 6.

Limitatio. n. 7. & 8.

1. Clarissimis * juris textibus comprobatur, in læsæ Majestatis cri-
 2. mine dominium bonorum criminis hujus reorum statim post
 3. commissum crimen Fisco vindicari. Nam * *in l. ult. C. ad L. Iul. Majest.* dicitur: ex quo quis tale crimen contraxit, neque alienare
 4. eum, neque solvi ei posse. In * *l. 5. §. 4. C. eod. tit. alienationes*
 5. nullius momenti declarantur, ex quo crimen hoc commissum est.
 6. In * *l. 15. pr. ff. qui & à quibus manumiss. &c.* traditur: criminis læsæ
 7. Majestatis reum, ex quo scientiâ criminis de pœna certus esse pote-
 8. rat, non post damnationem, jus libertatem dandi amisisse. In * *l. 51. §. 4. ff. d. donat.* post contractum perduellionis crimen donatio-
 9. nes irritæ pronunciantur. In *l. 20. ff. d. accusat. vers. aded, &c.* re-
 10. scripserunt Divus Severus & Antoninus: ex quo quis crimen hoc
 11. contraxit, nihil eum ex bonis suis alienare aut manumittere posse.
 12. Qui sanè * textus tam clari & perspicui: ut de opinione hac vix du-
 13. bitari possit.
 14. Planè * hoc notandum hîc: ipso jure quidem in læsæ Majesta-
 15. tis crimine amitti dominium; sed tamen effectus ejus, donec fera-
 16. tur sententia, in suspenso esse: *l. Pannonius 86. §. 1. ff. de acquirend. he-
 17. redit. l. res quæ 22. pr. ff. d. jur. fisc.* cæteroquin * latâ sententiâ &
 18. & crimine probato possessiones, rerû in fraudem fisci alienatarum,
 19. jure

jure domini à possessoribus Fisco vindicantur. Tiberian. Decian. tract. criminal. lib. 7. c. 40. n. 6. & seqq. Jul. Clar. §. *lesa Majestas*. n. 9. Bachov. p. 2. disp. 32. th. 1. lit. G. p. 1228.

Controversia VII.

Pœna adulterii ex L. julia capitalis non fuit. Summaria.

Circa pœnam criminis adulterii variârunt jura. n. 1.

Quæ pœna adulterii crimini ex L. Julia præfixa fuerit. n. 2. 3. 4. 5. 6. & 7.

Instantia. n. 8.

Solutio. n. 9. & 10.

Objectio ex l. 1. §. ult. ff. d. *extraordinar. crimin.* n. 11.

Solutio. n. 12.

Objectio ex §. 4. h. t. n. 13.

Ex Constantini Imperatoris Constitutione pœna adulterii capitalis facta est; n. 14. 15. 16. & 17.

Responsio ad l. *transigere* 18. C. d. *transact.* quæ ob stare videtur. n. 18. & 19.

Pœna adulterii à Iustiniano Imperatore constituta. n. 20.

Ex constitutione Carolina adulterii pœna tam in masculo quàm femina capitalis est. n. 21. & 22.

Eadem pœna & quidem lapidationis de jure constituta est. n. 23.

De jure Canonico quæ sit adulterii pœna. n. 24.

Quæ sit adulterii pœna de jure Wirtembergico. n. 25. & 26.

Non * semper eadem adulterii pœna fuit, sed in eo jura mirificè variârunt. Planè * ex L. Julia (quam Augustus Imperator primus tulit) adulterio pœna relegationis constituta erat: quod ex juris textibus haud obscurè colligitur. Nam * in l. 5. de *quæstion.* adulterium cum incestu pœnâ deportationis punitur: si * igitur simplex fuit adulterium sine incestu, relegationis pœnâ coercitum illud fuisse, rationis est. Et * in l. 14. ff. d. *testib.* adulterii damnatus in testamento testis esse prohibetur, atque * in l. 18. eod. tit. mulieri adulterii damnatæ testimonium dare interdicitur. Exinde * facile constat, adulterii pœnam capitalem haud fuisse: ineptè enim hanc in rem leges tulissent Legislatores, si adulteri & adulteræ capitaliter damnati & puniti fuissent. Neque * facit si instaret quis: leges eum in casum à testimonii dictione repulisse adulteros, quo damnatis iis gatia facta fuit. Etenim * casus hic esset singularis, qui raro contingit & quem contingere leges non optant; sed * leges de iis conceptæ sunt casibus, qui ut plurimum contingere solent. l. 4. 5. & 6. ff. d. LL.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

9.

10.

12. Non * obstat *l. 1. §. ult. ff. d. extraordinar. crimin.* nam * agitur in *l.* illa, sicut etiam in toto illo titulo de extraordinariis criminibus, quæ pro ratione circumstantiarum modò gravius modò lenius puniuntur.
13. Neque * obstat *§. 4. h. r.* quippe ex *L. Julia*, ut à Legumlatoribus & Justiniano reformata, adulterii pœna capitalis est; aliàs verò ut primitus introducta relegatio erat.
14. Porro * posthæc adulterii pœna ab Imperatoribus capitalis facta est; sed * quis Imperatorum eam capitalem primus fecerit, Doctores inter se certant. Constantino * id qui acceptum ferunt, rectius sentiunt. *l. 30. C. ad L. Iul. d. adult.* Nam * in incertitudine hac omninò Justiniano credendum est, qui in *Novell. 134. c. 10. pr.* ait: illam pœnam adulteris inferri, quam Constantinus Divæ memoriæ constituerit, nimirum in *d. l. 30.*
18. Ad * *l. transigere 18. C. d. transact.* ubi Imperatores Diocletianus & Maximianus & *ad l. 9. C. ad L. Iul. d. adult.* in qua Imperator Alexander pœnam adulterii capitalem fecisse videntur, responderi posset: vel Tribonianum in *dd. ll. ad sua tempora respexisse*; vel * sub illis Imperatoribus ante Constantinum non ordinariè pœnam hanc capitalem fuisse, postea verò ab Imperatore Constantino eam ordinariè talem factam esse, ita ut deinceps adulteri ordinariè capitaliter punirentur. *D. Bachov. p. 2. disp. 32. th. 2. lit. D. p. 1242.*
20. Quam Imperatorum constitutionem deinde immutavit Justinianus Imperator, ita quidem, ut sanguinis pœna in masculo maneret, fœmina verò verberibus cæsa in Monasterium detruderetur. *Vid. Novell. 134. c. 10. & auth. sed hodiè C. ad L. Iul. d. adult.*
21. Veruntamen * per constitutionem Carolinam *artic. 120.* differentia hæc inter masculum & fœminam sublata videtur, ita ut uterque sanguinis pœnâ plecti debeat: atrocius * enim adulterii crimen in muliere videtur, nimirum propter partus adulterini substitutionem. *D. Hunn. d. th. 2. lit. D. q. 27.*
23. De * jure etiam Divino mortis pœnam sive lapidationem adulterii crimini præfinitam esse; constat ex *Deuteron. cap. 22. & Exod. cap. 10.*
24. Jure * Canonico criminis hujus pœna capitalis non est, sed tam masculus quàm fœmina laici excommunicantur, *c. intelleximus d. adult.* & mulier in monasterium detruditur, si maritus recipere

cipere eam nolit, per totam vitam pœnitentiam ibi actura. *c. gaudemus. d. t. Jul. Clar. §. adulterium. n. 7.*

Cæterum * jure Wirtembergico adulteræ honoribus privantur & in carcerem quatuor septimanas dejiciuntur, ubi pane & aquâ cibentur. Si * verò post primam hanc coërcitionem fædo hoc crimine denuò se polluerint: vir ferro punitur; mulier verò aquâ suffocatur. Dn. Bocer. *commentar. d. adult. c. 5. num. 85.* Berlich. *p. 4. c. 17.*

16.

27.

Controversia VIII.

Pœna mortis homicidio constituta in personis etiam Nobilioribus obtinet.

Summaria.

Quæ opinio tam ex jure Divino quàm civili probatur. *n. 1. 2. 3. 4. §. 6.*

Instantia tollitur. *n. 6. §. 7.*

Alia instantia removetur. *n. 8.*

Obiectio ex l. 3. §. pen. ff. ad L. Cornel. d. Sicar. *n. 9.*

Solutio. *n. 10.*

Opinio nostra in Praxi recepta est. *n. 11.*

IN * lege Divina sancitum est: Wer Menschen Blut vergießt / dessen Blut soll wider vergossen werden / dann Gott hat den Menschen zu seinem Bilde gemacht. *Genes. 9. v. 6.* Et * *Exod. 21. v. 52* habetur: Wer einen Menschen schlägt dass er stirbt / der soll des Todes sterben. Quibus * in locis Deus ut æquissimus Judex nullam planè facit differentiam inter Nobiliores & ignobiliores: siquidem coram eo respectus personarum nullus est, & infimæ conditionis homo peræquè ad imaginem Dei creatus, ut Nobilissimus quisque. Quam * opinionem probat etiam l. 3. §. patiantur C. d. Episc. aud. ubi dicitur: Homicida quod fecit, semper expectet. Et * huc facit Constitutio criminalis artic. 137. ubi indistinctè sancitur: Ein jeder Mörder oder Todschläger / wo er deshalben nicht rechtmässige Entschuldigung ausführen kan / hat das Leben verwürget.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

7.

Ineptè * autem, objiceret quis, Legem illam Divinam Forensem esse, ideòq; sublatâ Politiâ Judaicâ eam sublatam quoq; censi. Etenim * non forensem, sed Moralem legem hanc Divinam esse, vel ex eo constat: quòd à Christo in Novo Testamento repetita sit.

fit hisce verbis: Wer das Schwerdt nimpt soll durchs Schwerdt
umbkommen. *Matth. 26. v. 51. & 52.*

8. Et * quamvis etiā mitiūs aliās puniri soleant nobiliores quā
ignobiliores, *l. 16. §. 3. ff. d. pœn. l. 6. ff. ad l. Int. peculat. & simil.* ta-
men exceptio hīc à Regula est, quæ exceptio tam in Sacris literis,
quā in ipsa constitutione Carolina expressē satis fundata est.

9. Neque * obstat *l. 3. §. pen. ff. ad l. Cornel. d. sicar.* ubi respon-
dit Marcianus J.C. Homicidas hodie capite puniri solere, nisi hone-
10. stiore loco positi fuerint, qui in Insulam deportentur. Etenim * hæc
lex tanquam civilis legi Divinæ meritō cedere debet, quæ etiam per
d. Carolinam Constitutionem sublata est: & quod ea usu amplius
non observetur; testatur Ludovic. à Peguer. *in quæst. decis. criminal.*
14. sub n. 14. Bernhard. Græva. *lib. 2. conclus. 110. n. 6.* Boss. *in pract.*
crimin. tit. d. homicid. n. 109. junct. 107. & seq. Farinac. *in prax. crim.*
part. 4. q. 116. tit. d. homicid. 14. n. 17. Treutl. *part. 2. disput. 32. th. 5.*
lit. 1. ibiq. Humm. *q. 52.* Harppr. *ad §. 5. h. t. n. 237. & seqq.* D. Rümli-
Exercit. *ult. th. 11. lit. C.*

Quam * opinionem Practicam recepisse; testis quoque est Ju-
lius Clarus. *§. homicid. n. 18.* Joseph. Ludov. Lucens. *decis. 62. n. 12.*

Controversia IX.

*Titium occidere volens, si Mævium occideris,
ordinariâ L. Cornelia pœnâ tenetur.*

Summaria.

Fundamenta hujus sententiæ. *n. 1. & 2.*

Quæ à Jure Saxonico comprobata est. *n. 3. & 4.*

Limitatio. *n. 5.*

Sublimitatio. *n. 6.*

1. Q Uæ * opinio argumento *l. eum qui innocentem 18. §. si injuria 3.*
2. *ff. d. injur.* probari solet. Et * ejus evidens est hæc ratio: quod
3. dolum hominem occidendi habuerit occisor; licet * igitur in per-
sona erraverit, tamen sufficit hominem occisum esse. Ant. Gomez.
tom. 3. variar. resolut. c. 3. n. 34. ubi Soarez. *in addit.* Menoch. *d. ar-*
bitrar. judic. quæst. cas. 324. n. 7. Valq. *illust. contro. c. 96. n. 32.* Tho-
ming. *decis. 38.* Anton. Tessaure. *decis. 243.* Iohan. à Sande *in decis.*
Frisic. libr. 5. tit. 9. definit. 6. ubi opinionem hanc usu ubiq; obtinere
dicit

dicat & præjudicium refert. Colleg. Argentin. libr. 48. tit. 8. th. 12. Sigismund. Flach. in colleg. crimin. disput. 7. th. 16. Iul. Clar. §. homicidium n. 6. Treutl. p. 2. disp. 32. th. 6. lit. A. ibiq. Bachov. pag. 1273. Hunn. q. 56. Dn. Rümlin. Exercit. ult. th. 12.

Eademq; * sententia à jure Saxonico comprobata est. p. 4. c. 6. Planè si in percutiendo Titio probabiliter excusari posset occisor, (putà si in terminis necessariae defensionis constitutus fuisset) aliud dicendum foret; tum * enim à criminali pœna omninò immunis esset. P. G. D. artic. 145. Non * tamen à legis Aquiliæ actione: l. sciendum 45. §. 4. ff. ad L. Aquil. quippe in hac levissima culpa præstari debet. l. 44. ff. ad L. Aquil. Farinac. d. l. q. 145. n. 139. Bach. d. l.

Controversia X.

Homicidium, ex amoris æstu inter corrivales commissum, ordinariâ L. Corneliæ pœnâ puniendum est.

Summaria.

Fundamenta huius sententiæ. n. 1. 2. & 3.

Quæ à jure Saxonico comprobata est. n. 4.

Prima ejus limitatio. n. 5. & 6.

Sublimitatio. n. 7.

Secunda limitatio. n. 8.

Nullo * juris textu probari potest, tale homicidium vel prorsus impunitum esse, vel extraordinariâ pœnâ puniri debere. Geil. 2. observat. 112. n. 23. Quia * ratio potius suadet & urget, homicidium hujusmodi ordinariâ L. Corneliæ pœnâ puniendum esse: quippe * plerunq; destinatâ voluntate & consortis impatientiâ addeq; ex Zelotypia (qui affectus ad excusandum homicidium haud sufficit) committi solet. Geil. d. l. Bachov. part. 2. disp. 32. sub lit. C. pag. 1277. & Hunn. q. 59.

Quæ * sententia limitatur, 1. si ex nimio amoris æstu corrivale corrivalem occideret, quo casu dixerimus eum excusari posse: nam * talis amor furor est & infania, quæ delicti immunitatem aliâs præstat. Modò * in ipso amoris impetu occidisset corrivalem; cæteroquin cessante furore, corrivale si occideret corrivalem, excusari non posset. Farinac. tract. crimin. p. 3. q. 97. n. 91.

2. Limitatur, * ut tale homicidium ab ordinaria L. Corneliae poena immune esse debeat: si aliae circumstantiae, ut provocatio cor- rivalis, &c. concurrerent, ut sententiam nostram limitat Geil. d. obs. 110. n. 23. Add. D. Harppr. ad d. §. 5. h. t. n. 297. Petr. Pap. à Trazberg. d. corpor. jur. milit. artic. 3. sub lit. B. pag. 29. D. Schütz. in exercit. jur. disput. ult. tb. 14.

Controversia XI.

Homicidium, ab ebrio commissum, ordinariâ quoq; L. Cornelia poenâ puniri debet.

Summaria.

Quæ sententia probatur. n. 1. 2. & 3.

Limitatur. n. 4.

EBrietas, * cùm ipsa sit vitium & peccatum, proinde ab ordinaria L. Corneliae poena immunitatem præstare haud poterit. Quæ * etiam in Recessibus Imperii prohibita reperitur. Reformation guter Pollicey zu Augspurg d. Ann. 1530. tit. von zutrincen. Quin * eadem poenâ, quâ sobrios, plectendos esse ebrios, expressè cautum est in Recessu Imperii zu Speier d. Ann. 1570. sub. tit. Reutter bestallung §. 50. ubi ita habetur: Es soll durch den Feld Marschalc 2c. in allen mishandlungen / so voller weis durch Herrn / Juncfern / Knecht / Gros oder klein-Hansß geschehen vnstraffbar seyndt / die Trunckenheit zu keiner entschuldigung oder Milderung der straff angezogen oder angesehen / sondern vielmehr solche Verbrechen desto schärffer / schwerer / auch gedoppelt gerechtfertiget vnd gestrafft werden.

Veruntamen * limitatur hæc opinio, si magna & enormis es- set ebrietas: quæ ab ordinaria, licet non extraordinaria, L. Cor- nelia poena excusaret, ut sentiunt post alios à se allegatos Tiber. Decian. in tract. crim. libr. 6. c. 5. n. 8. D. Bocer. in tract. d. omn. gener. homicid. lib. 2. c. 1. n. 40. & seqq. D. Besold. in thesaur. pract. lit. T. n. 25. pag. 788. & seq. Paul. Zachias lib. 2. quest. medic. legal. tit. 1. q. 11. n. 23. & seq. pag. 109. Martin. Bonacina in tract. d. contract. & restit. disput. 2. q. ult. sect. 2. n. 2. §. 4. n. 7. pag. 323. Doctor Marta in Digest. noviss. tom. 2. v. homicidium c. 7. fol. 72. David Döring. in Biblioth. Icc. t. 1. v. adpotatio fol. 679. Francisc. Cypræ. in juris Ponti- fic. nov. analyt. resolut. tit. d. vit. & honest. cleric. n. 4. pag. 168. Harppr.

ad d. §. 5. h. t. n. 267. & seqq. Andr. Geil. 2. obs. 110. n. 24. ubi Grævæ. considerat. 2. in coronid. n. 4. & D. Reinking. tr. d. regim. secul. & Ecclesiast. lib. 2. cl. 1. c. 8. n. 24. & mult. seqq.

Controversia XII.

Is qui non quidem parentem, sed eum qui parentis loco est, occidit; atrocissimâ illâ L. Pompejæ pœnâ puniri non debet.

Summaria.

Quæ opinio stabilitur, n. 1. & 2.

Limitatio. n. 3.

Obiectio. ex §. 6. h. t. n. 4.

Dn. Harpprechti, textum istum emendantis, solutio. n. 5.

Autoris solutio. n. 6. & 7.

SI * quis socerum, socrum, vitricum, novercam, privignum, vel privignam, generum, nurum similesq; personas trucidaverit; asperâ istâ culei pœnâ puniendus non esset. Idque * probatur per textum in l. pen. §. 1. ff. ad L. Pompei. d. parricid. ubi is, qui alias personas præter patrem & matrem, avum & aviam occiderit, capitis pœnâ plecti jubetur. Vt * tamen propter affinitatem indicium majoris reatus à judice in decernenda hac pœna addatur, ut * rectissime sentit D. Harppr. ad §. 8. h. t. n. 27.

Sed * valdè obstare videtur §. 6. h. t. ad quam respondet Dn. Harppr. d. l. pro Affinitatis legendum esse Affectionis Nos * respondere malumus in §. h. 6. voculam Affinitatis largiùs paulò usurpari, & idem significare, ac si dixisset Justinianus consanguinitatis, ut * sensus sit: atrocissimâ L. Pompejæ pœnâ etiam eum teneri, qui patri aut matri aliisq; adscendentibus fata præparaverit. Add. Prosp. Farinac. in prax. crimin. p. 4. tit. 14. q. 120. n. 11. & seq. Menoch. libr. 2. d. arbitrar. judic. quest. cent. 4. c. 356. n. 72. & seq. Petr. Gregor. Tholosan. in syntagm. c. 24. n. 4. Bocer. d. omn. gener. homicid. lib. 1. c. 5. n. 11. pag. 334. Berlich. pract. conclus. 7. n. 65. & seq. & n. 85. pag. 227. & seq. David. Döring. t. 1. Bibliothec. Icc. verb. affines n. 181. fol. 1105. Bach. p. 2. disp. 32. th. 7. lit. E. pag. 1288.

Controversia XII.

Si quis monetam Principis Inferioris adulterarit, exustionis pœnalocum habere non videtur.

Summaria.

Monetæ adulteratores cremantur. n. 1.

An etiam illi igni subjiciantur, qui Principis Inferioris monetam adulterarint, controversum est. n. 2.

Affirmativa sententia amplectenda videtur. n. 3. & 4.

Negativa ut benignior sequenda. n. 5.

Quæ Practica est. n. 6.

1. **I**LLud * constat, monetæ adulteratores igni subjici atq; comburi: l. 2. C. de fals. monet. P. G. D. artic. III. Majestatis enim quodammodò rei sunt; sed * an indistinctè hoc verum, sive supremi Principis sive Inferioris Principis monetam adulterarint, ambigi posset?
- 2.
3. Et * sanè si controversiam hanc secundùm literam. d. artic. III. decidere velimus, dicendum quòd sic. Nam * adulteratores isti non solum principis inferioris; sed etiam ipsius Imperatoris monetam adulterare censentur: siquidem moneta, quam cudunt inferiores, ipsius Imperatoris esse reputatur, à cujus Majestate vis & potestas monetæ dependet. Bodin. lib. 1. d. Republic. c. 10. pag. 263. Besold. part. 2. delibet. jur. & lib. 48. q. 40. Sixtin. in tract. d. regal. libr. 2. c. 7. n. 120. & seq. Menoch. d. arbitrar. judic. quæst. libr. 2. cent. 4. cas. 316. n. 29. Bocer. in tract. d. jur. monet. c. 5. n. 3. Aut. in dissert. d. jur. monet. c. 19. axiomat. 162. Matth. Stephan. & Bernhard. Zieriz. in addit. & not. ad constit. crimin. Carol. d. artic. III. Gilhaus. in arbor. judic. crimin. c. 2. tit. 26. n. 28. Sed * tamen, cùm gravissima sit hæc exustionis pœna, benignior sententia est, adulteratores hosce non comburi; sed gladii pœnâ affici debere. Bachov. 2. disput. 32. th. 8. lit. L. D. Rümlin. Exercit. ult. th. 14. lit. E. Vnde * Amplissimum Facultatis Iuridicæ Tubingensis Collegium in casu hoc gladii pœnam aliquando decrevisse;
4. tradit Dn. D. Harpprecht. ad §. 7. h. t. num. 48.

Controversia XIV.

*Lege Julia peculatus tenetur, qui pecuniam
Municipio & civitati prater Romam fu-
ratus fuerit.*

Summaria.

Pugna inter l. 4. in fin. ff. ad L. Iul. peculat. & l. 81. ff. de furt. n. 7. 2. 3. & 4.
Conciliatio. n. 5. 6. & 7.

Magna * videtur pugna esse inter l. 4. in fin. ff. ad L. Iul. pecul.
& l. ob pecuniam 81. alias 84. ff. de furt. In * d. l. 4. ex Consti-
tutionibus Divorum Principum Trajani & Hadriani ob pecuniam
civitati surrepta peculatus crimen committi dicitur; sed * in d. l. 81.
non peculatus, sed furti crimen committi traditur. Quos * textus
varii variè conciliare intendunt. Nos * D. Bachovii p. 2. disput. 32.
th. ult. lit. E. pag. 1299. partes tueri annitemur & cum eo distin-
guemus: An Magistratus civitati pecuniam subtraxerit, an verò
privatus; ut de isto casu d. l. 81. de illo verò d. l. 4. exaudiri debeat.
Quæ * distinctio exinde rationem habet: quòd atrocius peccare vi-
deatur Magistratus, si ipse publicam furetur pecuniam, quàm
ullus privatus; illius * enim fidei cura Reipubli-
cæ concredita & commis-
sa est.

1.

2.

3.

4.

5.

6.

SOLI DEO GLORIA.



Errata sic emendentur.

Pag. ii. lin. 30. pluribus p. 18. l. 31. Dicaeologica p. 19. l. 15. λύπη.
 N. 16. μεγάλῃ p. 20. l. 15. est. p. 22. l. 14. dici. p. 25. l. 32. faciat.
 damnet. p. 30. l. 33. Geometra. p. 31. l. 17. definitione. p. 35. l. 6. de-
 scriptiones. p. 42. l. 27. dele ex. p. 46. l. 23. in p. 70. l. 10. responsio. p.
 71. l. 35. illo. p. 91. l. 11. appareat. p. 97. l. 14. abrogando. p. 101. l. 3.
 dele atas. l. 19. mutabile. p. 126. l. 26. ataxia. p. 145. l. 7. secundum.
 p. 149. l. 13. benedictio. p. 151. l. 20. patre. l. 36. ἀντίφρασις. p. 152. l.
 27. prateritus p. 161. l. 18. contradistinctum. p. 180. l. 10. pro eam lege d.
 l. 9. p. 193. l. 23. & 24. competit. p. 201. l. 24. denunciata. p. 229.
 l. 34. supervacuò. l. 35. ab. p. 234. l. 25. commodatarii. p. 249. l. 19.
 respondetur enim. p. 263. l. 16. actionis. l. 27. commodatario. p. 282. l.
 10. donatarius. p. 289. l. 11. πῆξαι. p. 296. l. 18. dele non. p. 362. l. 25.
 tamen. p. 375. l. 25. examinare. p. 388. l. 1. renunciavit. p. 389. l. 24.
 exheredari. l. 30. supplicio. p. 390. l. 26. eig. p. 391. l. 7. liberi. p. 392.
 l. 5. impuberi. p. 393. l. 28. sit. p. 394. l. 6. principium. l. 31. asse. p. 398.
 scripserit. p. 462. l. 25. d. §. 5. & l. 4. C. d. exheredat. liber. p. 403. l. 25.
 illicò p. 404. l. 32. prateritus. p. 406. l. 8. dele ha. p. 416. l. 3. Falci-
 dianam p. 420. l. 14. concursu. l. 32. quam p. 432. l. 14. consummationem
 p. 434. post l. 31. summaria. p. 435. l. 20. pertinent. p. 442. l. 5. forma-
 tur l. 19. prestari l. 29. fuerit. p. 456. l. 14. quota sit bonorum. l. 21. emo-
 lumenta p. 458. l. 13. est. p. 459. l. 5. controversia. p. 462. l. 14. acti-
 vam p. 464. l. 4. Titia p. 474. l. 31. natalibus p. 476. l. 11. statuentis. p.
 477. l. 1. concurrunt. p. 478. l. 16. sed p. 474. l. 14. admissum p. 483.
 l. 19. civilis p. 487. l. 18. constituentur p. 488. l. 1. filiabus p. 492. l. 9.
 crasse p. 494. l. 11. significavit l. 30. mandatarium p. 495. l. 8. creditor
 p. 495. l. 12. συναλλαγματά διαλευγε. p. 495. l. 2. 12. l. 19. dele vel
 p. 497. l. 20. affirmativa p. 498. l. pen. distinguunt. p. 500. l. ult. prin-
 cipum p. 503. l. 41. qui accepisset. l. 7. prestare p. 510. l. 8. contrahentes
 p. 511. l. 27. commodantis solum p. 512. l. 5. damnum l. 35. responsio re-
 futatur p. 514. l. 18. probabile l. 19. collocata p. 515. l. pen. si p. 516.
 l. 1. adde dolus l. 5. pro eum depositarium p. 517. l. 34. non obsignata p.
 520. l. 5. reformari p. 521. l. 23. Donelli. l. 25. Matthie p. 528. l. 31.
 ipsi p. 529. l. 6. ipsi p. 530. l. 6. civilis l. 11. civilis p. 575. l. 5. venditor
 emptori p. 597. pro tradi cedi p. 596. l. 23. pro vero & p. 601. l. 35. ad-
 missa p. 608. l. pen. emptor. p. 615. l. 28. minoris p. 630. l. 7. dominus
 p. 639. l. 15. colere p. 642. l. 2. datur p. 646. l. pen. tanta vi & potentia
p. 648.

p. 648. l. 31. *quidem* p. 656. l. 20. *adde vell.* 25. *coiri* l. 29. *adde hoc* p.
 664. l. 14. *contulit.* p. 685. l. 18. *pro Titius mandans* p. 670. l. 20. *net.*
 l. 23. *societate pro hereditate* p. 676. l. 2. *propriam.* p. 678. l. 36. *ad-*
ferre p. 688. l. 6. *solius* p. 689. l. 28. *sanè* p. 689. l. 2. *Prosper* l. 5. *infi-*
gendam p. 706. l. 11. *ille* l. 12. *hic* p. 608. l. 2. *inficiabatur* p. 609. l. 6.
quidam p. 617. l. 2. *jure* p. 736. l. 17. *intelligenda via* p. 754. l. 24. *&*
crimen p. 756. l. 13. *casu* l. 16. *duabus* p. 780. l. 16. *cauponarip.* 785.
 l. 15. *mediastini* l. 26. *fractura* p. 803. l. 13. *debitor* l. 27. *contrariam.*
 p. 816. l. 23. *filius familiâs.* *Cætera æquus lector ipse pro can-*
dore suo emendare poterit.

F I N I S.



Handwritten text, likely bleed-through from the reverse side of the page. The text is mostly illegible due to fading and staining.

2131



Wurmser, Johann,

Nuclei iuris controversi ad institution. libros IV directi

Tubinga 1643

4 J.rom.m. 164#Beibd.8

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10520461-0

VD17 23:310689V